

LES DONATIONS INDIRECTES

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

le 12 juillet 1946

par

ANDRÉ PONSARD

Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon (1940, 1941, 1942).

Lauréat du Concours général des Facultés de Droit (1^{er} Prix 1942).

Avocat stagiaire à la Cour d'appel.

JURY :

Président : M. LOUIS-LUCAS, Professeur, Doyen honoraire

Suffragants { M. DESSERTÉAUX, Professeur
M. FLOUR, Professeur

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

1946

LES DONATIONS INDIRECTES
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

*La Faculté n'entend donner aucune
approbation ni improbation aux
opinions émises dans les thèses : ces
opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

LES DONATIONS INDIRECTES

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

le 12 juillet 1946

par

ANDRÉ PONSARD

Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon (1940, 1941, 1942).

Lauréat du Concours général des Facultés de Droit (1^{er} Prix 1942).

Avocat stagiaire à la Cour d'appel.

JURY :

Président : M. LOUIS-LUCAS, Professeur, Doyen honoraire

Suffragants { M. DESSERTÉAU X, Professeur
M. FLOUR, Professeur

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

—
1946



A MES PARENTS

A MES MAITRES

A. P.

BIBLIOGRAPHIE

I. RAPPEL DES OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MODE DE CITATION

(Les ouvrages marqués d'un astérisque seront cités par le seul nom de leur auteur.)

- *AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacchariae*, 5^e éd., 12 vol., 1897-1922, revus par Et. BARTIN à partir du tome VI ; 6^e éd. par Et. BARTIN, t. I à III parus, 1935-1938.
- *BAUDRY-LACANTINIERE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., 28 vol., 1905-1909, notamment : *Des donations entre vifs et des testaments*, avec la collaboration de Maurice COLIN, 2 vol., 1905, t. X et XI de la collection.
- *BEUDANT (Charles). — *Cours de droit civil français*, 2^e éd. par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 12 vol. parus, 1934-1938, notamment : tomes V et V bis, *Les successions ab intestat*, 1936, avec la collaboration de R. LE BALLE ; t. VI et VII, *Les donations entre vifs et les testaments*, 1934, avec la collaboration de P. VOIRIN.
- *BUNOIR (C.). — *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*. Paris, 1900.
- *COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e (tome I^{er}) et 9^e (t. II et III) éditions, par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, 1942-1945.
- *DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*, 3 vol., 1819.
- *DEMANTE (A.-M.). — *Cours analytique de Code Napoléon*, 9 vol., 1849-1880, continué depuis l'article 980 par COLMET DE SANTERRE.
- *DEMOGUE (René). — *Traité des obligations en général*, 7 vol. parus, Paris, 1923-1933 : I. *Sources des obligations*, t. I à V ; II. *Effets des obligations*, t. VI et VII.
- *DEMOLOMBE (C.). — *Cours de Code Napoléon*, 30 vol. parus, not. t. XVIII à XXIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., 1867-1868.
- *DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3^e éd., 1834-1837, 21 vol.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 2 vol., n. t. 1932 (cité : GÉNY, *Méthode d'interprétation*).
- *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, 1914-1924, not. t. III, 1921, *Élaboration technique du droit positif* (cité : GÉNY, *Science et technique*).
- *HUC (Th.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., 1892-1903.
- VON IHERING (R.). — *L'esprit du droit romain*, trad. par O. DE MEULENAERE, 4 vol., 3^e éd. 1886-1888.
- JOSSELAND (Louis). — *Cours de droit civil positif français*, 3 vol., 3^e éd., Paris, 1938-1940 (cité : JOSSELAND, *Cours*).
- *Essais de téléologie juridique* : I. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2^e éd., Paris, 1939. — II. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris, 1928 (cité : JOSSELAND, *Les mobiles*).
- *LAURENT (F.). — *Principes de droit civil français*, 3^e éd., 33 vol., Bruxelles et Paris, 1878.
- *MARCADÉ (V.). — *Explication théorique et pratique du Code civil*, continuée par Paul PONT, 12 vol. ; le tome III est cité d'après la 7^e éd., 1873.
- *MOURLON (Fr.). — *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 3 vol.
- *PICARD (Maurice) et BESSON (André). — *Traité général des assurances terrestres*, 4 vol. parus, Paris, 1938-1945, not. tome IV, *Assurances de personnes : vie, accidents corporels, maladie*, Paris, 1945.
- PILON (Eustache). — *Principes et technique des droits d'enregistrement*. Tome I^{er}, *Les Principes*. Paris, 1929.

- PLANIOI. — *Traité élémentaire de droit civil*, tome III, 11^e éd., par G. RIPERT, n. t. 1937.
- *PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 1925-1934, not. : t. IV, *Successions*, par MAURY et VIALLETON, 1928 ; t. V, *Donations et testaments*, par TRASBOT, 1933 ; tt. VIII et IX, *Régimes matrimoniaux*, par NAST, 1925-1927.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, 1935 (cité : RIPERT, *La règle morale*).
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936.
- *RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 2^e éd., 3 vol., 1943-1946.
- SAVATIER (R.). — *Cours de droit civil*, 3 vol., Paris, 1943-1945 (cité : SAVATIER, *Cours*).
- *TOULLIER (C. B. M.). — *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., 15 vol., Paris, 1824-1834, continué par DUVERGIER, 6 vol., 1835-1838.
- *TROPLONG. — *Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., 4 vol., Paris, 1872.

II. BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALE

(On n'a indiqué ici que les ouvrages ou articles qui touchent à notre sujet, à l'exclusion notamment des arrêts, notes et revues de jurisprudence.)

- ASCOLI (Alfredo). — *La cause dans les donations entre vifs*. Études Capitant, 1939, pp. 17-24.
- BAZILLE (Paul). — *Les donations par renonciation*. Thèse, Paris, 1929.
- BESSON (André). — *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers : la stipulation pour autrui et le droit propre du bénéficiaire*. Cours de droit civil approfondi professé à la Faculté de droit de Dijon, 1943-1944.
- BOITARD (Michel). — *Les contrats de services gratuits*. Thèse, Paris, 1941.
- BOUZAT (Pierre). — *De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité*. Rev. crit., 1934, pp. 350-392.
- BRÈTHE (J.). — *Théorie juridique des titres à ordre*. Rev. trim., 1926, pp. 637-710.
- BRETON (André). — *Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français*. Rev. trim., 1928, pp. 261-364.
- CAPITANT (Henri). — *Essai sur la subrogation réelle*. Rev. trim., 1919, pp. 385-416.
- *De la cause des obligations*. Paris, 3^e éd., 1930.
- CARBONNIER (Jean). — *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Thèse, Bordeaux, 1932.
- CHAMPEAUX (Jean). — *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*. Thèse, Strasbourg, 1931.
- CLOS (Marcel). — *Le rôle de l'Intention libérale dans les Donations déguisées*. Thèse, Montpellier, 1941.
- *Les questions relatives à la preuve et l'application de l'article 45 de la loi du 13 juillet 1925 (article 66 du Code de l'enregistrement)*. J. C. P., 1943, I, 361 (édition « N »).
- CROIZAT (Charles). — *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*. Thèse, Lyon, 1925.
- *La notion d'avantage matrimonial*. Rev. crit., 1928, pp. 151-210.
- CROSET (Hélène). — *Introduction à la notion d'acte abstrait*. Thèse, Lyon, 1930.
- DALLIGNY (Suzanne). — *Étude de jurisprudence sur les donations déguisées*. Thèse, Paris, 1927.
- DANJOU (Michel). — *Influence du déguisement sur la validité des donations*. Thèse, Lille, 1936.
- DEGAND (Gaston). — *Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*. Thèse, Paris, 1916.
- DIKOFF (L.). — *Les actes juridiques abstraits et le Code civil français*. Rev. trim., 1932, pp. 327-375.
- DUCOIN (Charles). — *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*. Thèse, Lyon, 1913.
- DUEZ (Paul). — *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*. Étude de droit français. Thèse, Lille, 1914.
- DURAND (Paul-J.). — *De l'acquisition d'un immeuble en commun avec clause d'accroissement au profit du survivant*. Rev. crit., 1934, pp. 316-349.
- ESMEIN (Paul). — *Sur la clause donnant à un conjoint la faculté de prélever à titre*

- onéreux le fonds de commerce propre à son conjoint prédécédé. D. H., 1933, Chron., pp. 57-63.
- *Le rapport en moins prenant dans le partage de succession, quand les biens sont soumis à un usufruit.* J. C. P., 1943, I, 356 bis.
- GARNIER (Raymond). — *Des libéralités par personne interposée en droit français moderne.* Thèse, Dijon, 1901.
- GRAULICH (L.). — *Contribution à l'étude de l'article 1525 du Code civil.* Études Capitain, pp. 259-271.
- HAMEL (J.). — L'« affectio societatis ». Rev. trim., 1925, pp. 761-792.
- HENRY (André). — *De la subrogation réelle conventionnelle et légale.* Thèse, Nancy, 1913.
- HUBERT (Frédéric). — *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français.* Thèse, Poitiers, 1899.
- *La théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donations déguisées.* J. C. P., 1944, I, 414.
- JEANTET (Fernand-Charles). — *Le droit à la réserve en nature.* Thèse, Paris, 1939.
- JOLIVET (Yves). — *Essai sur la tendance anti-formaliste de la jurisprudence en matière de donations déguisées.* Thèse, Poitiers, 1940.
- JOSSERAND (Louis). — *Libéralisme et verbalisme.* D. H., 1933, Chron., pp. 65-68.
- *Évolutions et actualités.* Conférences de droit civil. Paris, 1936. Notamment : VI. *Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs du droit.* — VII. *Le déclin du titre gratuit et sa transformation.*
- LAMBERT (Édouard). — *La stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant.* Thèse, Paris, 1893.
- LEHUÉROU-KÉRISSEL (Émile). — *Des contrats à titre onéreux passés par un de cujus avec l'un de ses successibles (à l'exception du conjoint survivant).* Thèse, Rennes, 1930.
- LÉPINGLE (H.). — *Les libéralités mutuelles et réciproques.* Thèse, Rennes, 1938.
- LESSONA (Silvio). — *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil.* Rev. trim., 1912, pp. 361-387.
- LOUIS-LUCAS (Pierre). — *Volonté et cause. Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé.* Thèse, Dijon, 1918.
- *Lésion et contrat.* Paris, 1926.
- MAGUET (Louis). — *Action en retranchement.* Rev. crit., 1926, pp. 162-171.
- *Rapport présenté à la Société d'études législatives au nom de la Commission d'étude de l'action en retranchement.* Bulletin, 1938, pp. 101-114 (cité : MAGUET, Rapport).
- *Donations déguisées et donations indirectes.* J. C. P., 1943, I, 303 (édition « N »).
- *Libéralités excédant la quotité disponible. Renonciation par les réservataires à l'action en réduction, ses effets et ses dangers.* J. C. P., 1944, I, 388 (édition « N »).
- MALLET (Paule). — *La renonciation à succession.* Thèse, Paris, 1931.
- MARX (Jean). — *Les donations par souscription.* Thèse, Nancy, 1934.
- MOENÉCLAËY (Pierre). — *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français.* Thèse, Lille, 1914.
- NOUVEAU (Henry). — *Essai sur la notion de la donation déguisée.* Thèse, Nancy, 1943.
- OSIAS (Louis). — *L'acte abstrait en droit comparé. Étude de doctrine et de législation.* Thèse, Paris, 1924.
- OSSET (Marcel). — *Étude de jurisprudence sur la simulation dans les donations entre époux.* Thèse, Lille, 1944.
- PACILLY (G.). — *Le don manuel.* Thèse, Caen, 1936.
- PAILLÉ (Henry). — *De la création des fondations autonomes en droit civil français.* Thèse, Grenoble, 1939.
- PÉLISSÉ DU RAUSAS (G.). — *Des libéralités indirectes entre époux en droit romain et en droit français.* Thèse, Toulouse, 1886.
- PERRIN (Xavier). — *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en droit français.* Thèse, Dijon, 1911.
- RAGEYS (A.-F.). — *Des libéralités indirectes en droit français.* Thèse, Paris, 1868.
- RAY (Jean). — *De la notion de donation en droit civil français.* Thèse, Paris, 1912.
- RAYNAUD (Pierre). — *La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil.* Rev. trim., 1936, pp. 763-809.
- REGNAULT (H.). — *Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'Ordonnance de 1731.* Paris, 1929.
- RIPERT (G.). — *La notion des libéralités. Cours de droit civil approfondi et comparé.* Fac. de droit de Paris, 1930-1931, édité par « Les Cours de Droit ».

- ROBERT (Pol). — *De la nature juridique des avantages matrimoniaux, résultant principalement du régime de communauté*. Thèse, Nancy, 1914.
- ROUAST (A.). — *La prestation gratuite de travail*. Études Capitant, pp. 695-710.
- ROUSSEAU (Jean). — *Essai sur la notion juridique de simulation*. Contribution à l'étude des actes indirects. Thèse, Paris, 1936.
- *Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées*. J. C. P., 1939, I, 97.
- SALLÉ DE LA MARNIERRE. — *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit* (Essai de terminologie juridique). Rev. trim., 1933, pp. 1037-1113.
- *Le mandat irrévocable*. Rev. trim., 1937, pp. 241-280.
- SAVATIER (R.). — *De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*. Rev. trim., 1921, pp. 93-121.
- SENTOU (A.). — *Du Régime des Donations déguisées en droit fiscal dans ses rapports avec le droit civil*. Thèse, Bordeaux, 1925.
- SIBICIANO (Nicolas). — *Théorie générale des renonciations en droit civil français*. Thèse, Paris, 1932.
- SILZ (Édouard). — *Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle « Locus regit actum » en droit international privé*. Thèse, Paris, 1929.
- VALLOIR (Jean). — *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*. Étude de technique juridique. Thèse, Rennes, 1919.
- VINCENS (Jean). — *Le bénéficiaire d'une assurance sur la vie en face de la succession et de la communauté conjugale de l'assuré*. Thèse, Montpellier, 1933.
- VOIRIN (Pierre). — *Étude juridique du pourboire*. Rev. trim., 1929, pp. 307-343.
- *Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament*. Études Capitant, pp. 895-910.
-

INTRODUCTION

Le principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, où l'on s'accorde aujourd'hui à voir l'une des idées maîtresses du Code civil, n'avait pas, même dès 1804, été admis sans limitations ni exceptions : parmi celles-ci, l'une des plus importantes concerne la donation entre vifs, soumise pour sa validité à des formes assez complexes dont la plus importante est le recours au notaire pour dresser un acte authentique de donation (article 931 du Code civil).

C'est qu'en effet les raisons qui, d'une manière générale, justifiaient aux yeux du législateur de l'époque la force obligatoire du contrat consensuel ne se retrouvent pas ici : la recherche par l'individu de son intérêt personnel est, pensait-on, le moteur de la vie économique et ne doit pas être entravée par les artifices du législateur ; or, dans la donation, l'une des parties ne veut, en principe, que le bien de l'autre et ne songe pas à soi, l'autre s'enrichit sans fournir, en contre-partie, un service utile ; l'acte est stérile, il peut même être nuisible à l'intérêt général, tendre à accumuler chez le donataire des biens improductifs, des biens de mainmorte, tenter de ressusciter indirectement un ordre social aboli par les lois de la Révolution. Et d'ailleurs, le contrat n'est efficace que parce qu'il est libre : or la donation sera souvent moins libre qu'un autre contrat, la captation y est plus fréquente : l'intervention du notaire est prescrite pour éviter ou rendre plus rares ces abus. Aussi aurait-il dû sembler nécessaire de donner aux exigences des articles 931 et suivants un domaine très général et de les appliquer à tous les actes qui, directement ou indirectement, en tout ou en partie, réalisent une donation.

Tel ne fut pas cependant le point de vue de la pratique, et l'on s'explique, à la vérité, assez facilement pourquoi la jurisprudence n'a pas consacré les conséquences rigoureuses qui nous paraissent, à l'instant, correspondre aux vues du législateur : depuis 1804, les conceptions économiques et sociales ont profondément évolué en même temps d'ailleurs que les faits : le danger politique d'un retour à la féodalité paraît bien écarté¹ ; la mainmorte n'est plus redoutée, et l'on cherche au contraire à favoriser les dispositions en faveur des œuvres charitables, les fondations². La conception des auteurs du Code était surtout négative : il fallait éviter un trop grand et trop facile enrichissement du donataire, dangereux pour l'ordre public ; la conception moderne est positive : ce que l'on veut, ce n'est plus empêcher l'enrichissement du donataire, c'est assurer la liberté du disposant, la pro-

(1) On veut parler ici de la féodalité au sens propre du mot ; il est courant aujourd'hui de parler de lutte contre les « féodalités économiques » : c'est là une question qui, évidemment, est totalement étrangère au droit des donations.

(2) Sur cette évolution, v. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1945, pp. 69 sq. — Sans doute le législateur désire aussi empêcher les dispositions en faveur de certaines personnes morales, notamment les congrégations ; mais ce but est atteint par des règles spéciales de capacité et d'autorisation administrative.

tection de ses ayants cause, la sauvegarde de la morale. Lorsque aucun de ces intérêts ne sera mis en péril, la jurisprudence cherchera à assurer l'exécution de la donation, même consentie en dehors des formes légales.

Encore lui fallait-il trouver un moyen d'échapper aux injonctions d'un texte conçu en termes impératifs. Ce moyen, elle l'a cherché sur un double terrain.

Puisque seules les donations sont astreintes aux formalités légales, l'on pouvait, en interprétant restrictivement la notion de donation, restreindre par là même le domaine des formes obligatoires. La jurisprudence n'y a pas manqué, et c'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles on a pu parler¹, non sans quelque exagération d'ailleurs², du « déclin du titre gratuit ».

La donation suppose un enrichissement du donataire et un appauvrissement du donateur : l'un se dépouille d'un bien, l'autre voit son patrimoine accru : ainsi les « contrats de services gratuits », qui n'impliquent aucun transfert de biens, sont-ils valables en dehors de toute intervention notariale³.

Cet enrichissement et cet appauvrissement doivent être sans contre-partie : et la jurisprudence met souvent, à découvrir une contre-partie qui dispensera l'acte de l'authenticité, une ingéniosité qui se concilie mal avec le refus d'assimiler à un véritable appauvrissement la prestation d'un « service ». C'est ainsi que la Cour de Bourges, dans un arrêt que la Cour suprême refusa de casser, reconnut le caractère onéreux à l'engagement par un individu de payer les frais de « rétablissement, dans des conditions spéciales et singulièrement onéreuses, de l'ancienne sonnerie de la paroisse telle qu'il la rêvait dans les réminiscences de son jeune âge, telle qu'il la lui fallait et qu'il la voulait pour la satisfaction de sa fantaisie ou la vanité du millionnaire »⁴.

Enfin l'intention libérale constitue un élément essentiel de la donation; selon la doctrine classique elle en est même la « cause ». Certains auteurs⁵, entendant strictement cette notion de cause, y trouvent encore un moyen de restreindre le domaine des formes : on peut bien parler d'intention libérale lorsqu'il s'agit de gratifier un parent ou un ami, mais non pas, disent-ils, lorsque la donation ne fait que traduire l'affection de son auteur pour certaines idées : alors, l'auteur de l'acte trouve « un équivalent dans l'idée élevée satisfaite »⁶. L'homme ne vit pas seulement de pain, mais de la satisfaction de ses croyances »⁷. Ainsi, aux yeux de cette doctrine, absence d'intention libérale et existence d'une contre-partie sont-elles étroitement liées et se conjuguent-elles pour assurer la validité de l'acte. Mais, si ce résultat fut admis par nos tribunaux, ils le justifièrent souvent

(1) JOSSEMAND, *Évolutions et actualités*, VII, *Le déclin du titre gratuit et sa transformation*, pp. 135 sq.

(2) M. ROUAST (Compte rendu de l'ouvrage précité de Josseland, *Rev. crit.*, 1936, p. 273) montre que, non seulement les dévouements, mais même les générosités pécuniaires, et par conséquent les véritables donations, abondent toujours, mais sans se traduire dans des formes juridiques. De toute manière, si l'on peut parler d'un déclin de la donation proprement dite, il est exagéré de dire la même chose de l'acte gratuit en général.

(3) Cf. COLIN et CAPITANT, t. III, 1945, n° 1364, B, p. 708 ; BOITARD, thèse, Paris, 1941.

(4) Bourges, 12 fév. 1862 et Req. 14 avril 1863, Bardet c. Fabrique de Saint-Martin, *D. P.*, 1863. 1. 402.

(5) DEMOGUE, *Obligations*, t. II, n° 916, VI, pp. 906-908.

(6) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 907.

(7) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 908.

d'autre manière, voyant dans l'acte une véritable donation, exceptionnellement dispensée d'authenticité.

Par là, nous sortons de la première technique employée par la jurisprudence dans sa tendance simplificatrice et anti-formaliste et nous pénétrons dans la seconde. La distinction des deux n'est d'ailleurs pas artificielle, elle présente un réel intérêt pratique : nous nous sommes trouvés jusqu'ici en présence d'actes dont les tribunaux nous disaient qu'ils n'étaient pas des donations, il pourra donc paraître logique d'en déduire qu'à aucun point de vue, de forme ou de fond, ces actes ne seront soumis au régime des donations¹; désormais, au contraire, la jurisprudence va nous dire : tels actes sont bien des donations, mais ils sont exceptionnellement dispensés de forme ; il semble donc *a priori* que, l'authenticité et les autres règles de forme mises à part, ces actes devront être régis par le statut des donations.

Ces donations valables sans formes sont généralement groupées en trois catégories, dont le domaine et le fondement ne sont pas également précis :

1^o Le *don manuel* porte sur un meuble corporel et se réalise par la tradition réelle de ce meuble : sa validité est aujourd'hui indiscutée, son régime juridique peut être considéré comme nettement précisé depuis les travaux récents auxquels il a donné lieu² ; quant au fondement de cette validité, il peut être ainsi analysé : en matière mobilière, la tradition assure l'irrévocabilité aussi bien que de droit commun la forme authentique, elle constitue un obstacle psychologique insuffisamment protecteur³ : le consentement du donateur « prend toute sa force dans l'exécution immédiate de son obligation. Alors on peut bien le dispenser de la forme authentique, parce qu'il a fait un acte qui, pour la protection de sa volonté, est aussi grave, aussi important que l'authenticité de la donation »⁴.

2^o En jurisprudence, la validité de la *donation déguisée* n'est pas moins indiscutée que celle du don manuel, mais la doctrine ne s'est inclinée que de fort mauvaise grâce et à une date récente devant une solution qu'elle estime contraire à la loi, et, en tout cas, la définition même de la donation déguisée est restée imprécise. Dans sa notion stricte, à laquelle la jurisprudence n'est pas toujours restée fidèle, la donation déguisée est celle qui est réalisée sous la forme d'un acte onéreux fictif ; il y a simulation : il s'agit par exemple d'une vente dont le prix ne sera jamais payé, du consentement même des parties ; le contrat onéreux n'est qu'un « masque » qui recouvre la donation⁵. La raison la plus pertinente qui ait été donnée pour justifier la validité de l'opération est peut-être celle indiquée par M. le doyen Ripert⁶ : la forme est un mode de protection du consentement, or ici le détour employé par le donateur prouve qu'il sait ce qu'il fait et que par conséquent toute protection artificielle de son consentement est superflue.

(1) Il faut reconnaître toutefois que cette conséquence logique n'a pas toujours été respectée : on a pu parler d'une relativité de la notion de donation : cf. VALLOIR, thèse, 1919 ; RIPERT, *Cours de doctorat*, 1930-31 ; FLOUR, note au D. C. 1943. J. 104, § III ; RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3234.

(2) G. RIPERT, *Cours de doctorat*, 1930-31, pp. 64 sq. ; G. PACILLY, *Le don manuel*, thèse, Caen, 1936.

(3) G. PACILLY, thèse citée, 1^{re} partie, livre 2.

(4) G. RIPERT, *Cours de doctorat*, p. 101.

(5) L. MAGUET, *Donations déguisées et donations indirectes*, J. C. P., éd. N, 1943, I, 303, n° 2.

(6) *Cours de doctorat*, pp. 113 sq. V. aussi : FLOUR, *L'évolution du droit des contrats depuis le Code civil*, Cours de doctorat, Dijon, 1942-1943, 1^{re} partie, tit. 1^{er}, ch. 1^{er}, sect. 1^{re}, § 2, III ; JOLIVET, thèse, Poitiers, 1940.

3^o Restent les *donations indirectes* : si aucune critique de leur validité n'a été sérieusement entreprise, il faut reconnaître que les justifications positives qui en ont été proposées ne sont pas très nettes¹, pas plus d'ailleurs que le concept de donation indirecte. En général, on comprend sous ce terme des actes aussi variés que la vente à vil prix, la renonciation à un droit en faveur d'un tiers, la stipulation pour autrui à titre gratuit : ce ne sont là que des exemples, mais qui suffisent à montrer la variété des donations indirectes et qui, par cette variété même, posent le problème de savoir si elles peuvent être comprises sous un concept unique et si leur validité repose sur un fondement commun. C'est ce problème qu'il nous a paru intéressant d'étudier.

Recherche purement abstraite, nous dira-t-on. Nous pourrions sans doute nous contenter de répondre qu'il n'est pas d'idée générale qui ne comporte de conséquences pratiques, même si celles-ci n'apparaissent pas dès l'abord. Mais, en vérité, il suffira de dépouiller la doctrine et la jurisprudence pour y relever les intérêts qui s'attachent à notre étude. Dans cette matière, construite tout entière en dehors des textes, avec seulement la complicité de quelques articles ambigus, que d'hésitations sur les conditions de validité d'une opération ! sur sa qualification : don manuel, donation déguisée, donation indirecte, donation directe nulle faute d'authenticité ! Et puis, ces donations indirectes sont dispensées de forme : va-t-on malgré cela exiger qu'elles remplissent les conditions de fond des donations ? va-t-on leur en appliquer le régime ?

Tels sont les principaux intérêts qui nous ont conseillé l'étude de cette matière, toute de frontières. Matière vierge encore, dont il serait vrai de dire, beaucoup plus que des donations déguisées, qu'elle n'a fait, « jusqu'à ce jour, l'objet d'aucune thèse ni d'aucune étude d'ordre général »². Ces considérations vont aussi, en grande partie, inspirer le plan que nous suivrons.

Le problème fondamental sera de justifier qu'un acte, qui est une donation, soit valable en dehors des formes imposées aux donations par des textes impératifs. Il nous faudra donc préalablement montrer que le problème existe bien, c'est-à-dire que ces actes, que nous groupons sous la dénomination de « donations indirectes », sont vraiment des donations. Il nous faudra les distinguer d'opérations voisines qui ne sont pas des donations, et dire comment se pourra faire la discrimination entre les unes et les autres. Tel sera l'objet de notre Première Partie : *Les donations indirectes sont de véritables donations*.

Lorsqu'il nous sera acquis que les donations indirectes, ou à tout le moins certaines des opérations que l'on range habituellement sous ce nom, sont bien des donations, nous devrons rechercher s'il est ou non justifié de les dispenser de l'observation des règles habituelles des donations, et notamment de la forme authentique. Tel sera l'objet de notre Seconde Partie : *Les donations indirectes sont valables en dehors des formes habituelles des donations*.

Mais cette dispense, nous l'avons laissé pressentir, ne s'étend pas aux règles de fond ; celles-ci, cependant, ont été conçues par le législateur comme liées aux formes imposées : ne doivent-elles pas subir une adaptation nécessaire là où ces formes ne se retrouvent plus ? C'est la question

(1) Ce manque de précision est dû sans doute à l'absence d'une critique qui ait amené les auteurs à approfondir leurs conceptions.

(2) MAGUET, art. cité, n^o 1, qui applique l'affirmation aux donations déguisées, pour lesquelles elle paraît bien inexacte : v. Y. JOLIVET, thèse, p. 5. — Le seul ouvrage d'ensemble que nous ayons trouvé sur les donations indirectes, la thèse de RAGEYS, remonte à 1868.

à laquelle devra répondre notre Troisième Partie : *Les donations indirectes sont soumises aux règles de fond des donations.*

Dans cette troisième partie, comme dans l'ensemble de notre travail, nous nous placerons, en principe, uniquement sur le terrain du droit civil français : si, parfois, nous nous permettrons des incursions, d'ailleurs très limitées, dans d'autres domaines, elles viendront seulement à l'appui d'une solution du droit civil français ou pour suggérer une objection contre cette solution. C'est ainsi que les règles du droit fiscal nous fourniront d'utiles comparaisons, notamment sur le terrain de la preuve. Mais dans l'ensemble¹, soit qu'elles se ramènent à de pures questions de fait, soit au contraire qu'elles obéissent à des règles qui n'ont pour but que de déjouer des fraudes qu'explique l'élévation des tarifs, l'étude des règles posées par le législateur fiscal ne nous a pas paru devoir être pour le civiliste d'un intérêt qui en justifîât un exposé d'ensemble.

Quant à l'histoire et au droit comparé, ce sont des raisons un peu différentes qui, sous les mêmes réserves, nous les ont fait écarter. La matière des donations est une de celles où se traduisent le plus les particularismes nationaux² : c'est qu'elle touche à l'organisation de la famille : l'idée de protection de la famille est une de celles qui ont guidé le législateur français lorsqu'il a écrit les articles 931 et suivants. Dans d'autres pays, au contraire, les mêmes raisons n'ont pas joué, et la liberté contractuelle n'a pas reçu les mêmes entraves : par voie de conséquence, le problème des donations indirectes ne se pose pas. Ailleurs, il est vrai, le formalisme subsiste, et il y est même ancré plus profondément qu'en France : tous les actes sont soumis à une forme, et cette forme se détermine d'après l'objet même de l'acte, et non d'après l'intention qui y a présidé : tel était en gros l'état du droit romain ; dans une pareille législation, on peut réaliser une donation par n'importe quel mode juridique, pourvu qu'il permette d'obtenir le résultat désiré : ici encore le problème de la validité des donations indirectes ne se pose pas : on peut dire, en quelque sorte, que toutes les donations y sont nécessairement indirectes. Le droit comparé ne pourra donc nous fournir, à l'occasion, qu'un argument d'analogie, sur le pur terrain de la technique juridique.

Les raisons qui viennent de nous faire rejeter le droit comparé du champ de nos investigations sembleraient devoir, au contraire, nous amener à faire une large place à l'histoire du droit français, à remonter aux origines pour y retrouver le sens de notre droit national. Mais, en vérité, il faut reconnaître que l'exigence de formes authentiques ne remonte guère au delà de l'Ordonnance du chancelier Daguesseau de 1731³, et c'est donc seulement après cette époque qu'il pourrait être utile de se référer aux documents de l'Ancien Droit : documents extrêmement laconiques d'ailleurs, puisqu'il semble bien qu'aucun arrêt n'ait statué sur notre question et que, hormis Furgole, les auteurs s'en soient peu préoccupés⁴. La recherche de précédents plus lointains présenterait un intérêt scientifique indéniable : elle trouverait difficilement sa place dans le cadre d'une étude dont le droit positif actuel est l'objet essentiel.

(1) Sur les règles fiscales des donations indirectes, cf. : SENTOU, thèse, 1925 ; CLOS, thèse, 1941, pp. 129-181, et *J. C. P.*, 1943, I, 361.

(2) Cf. A. BERTRAND, *Le développement historique des établissements de famille en Angleterre*, thèse, Paris, 1938, pp. 503-504.

(3) Cf. cependant G. PACILLY, thèse citée, n^{os} 34-37, pp. 86-102.

(4) MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n^o 3. Voir aussi : JOLIVET, thèse citée, pp. 26 et 32.

PREMIÈRE PARTIE

LES DONATIONS INDIRECTES SONT DE VÉRITABLES DONATIONS

Nous avons dit pourquoi il était nécessaire de poser cette question préliminaire. Le terme même de donation « indirecte » implique souvent une certaine complexité de l'opération qui empêche de voir dès l'abord s'il s'agit d'un acte onéreux ou d'une libéralité. Or, dans la première hypothèse, tout problème serait supprimé ; et c'est même l'une des justifications qui ont été proposées de la validité des donations indirectes : on a soutenu qu'elles étaient valables précisément parce qu'elles n'étaient pas des donations¹.

Si cette thèse était exacte, tout notre travail deviendrait inutile, c'est pourquoi nous devons d'abord la discuter. Cet examen préliminaire présente sans doute un inconvénient, nous dira-t-on : il suppose connue la notion de donation indirecte, alors que cette notion ne sera vraiment précisée que dans notre seconde partie. Ainsi, en quelque sorte, nous serions placé dans un cercle vicieux : raisonnant dans la première partie sur une notion supposée connue, mais en réalité non définie.

A cette objection de méthode, il nous sera facile de répondre. Le plan inverse eût présenté des inconvénients plus graves encore, puisqu'il nous aurait amené à chercher d'abord la solution d'un problème dont peut-être la suite nous eût démontré qu'il ne se posait pas. D'ailleurs, il ne faut pas s'exagérer les inconvénients qui résulteront de notre méthode : dans les développements de cette partie, nous adopterons une notion provisoire de la donation indirecte, dégagée des espèces sur lesquelles a eu à statuer la justice et des opinions émises par les auteurs : notion non pas sans doute intangible, mais qui du moins sera très proche des conclusions auxquelles nous aboutirons plus tard.

Parmi les auteurs, la notion de donation indirecte a été diversement entendue : on pourrait être tenté de la confondre avec l'avantage indirect résultant d'une des clauses d'un acte onéreux ; certains auteurs la confondent avec la renonciation², mais la plupart y font rentrer trois sortes d'opérations : les avantages indirects résultant d'un acte onéreux sincère (par exemple, vente à un prix inférieur à la valeur de la chose, mais indiqué dans l'acte, et destiné à être payé effectivement), les donations par stipulation pour autrui, enfin les donations réalisées par le moyen d'un acte abstrait (par exemple, renonciation par une personne à une succes-

(1) Du moins certaines d'entre elles : voir chap. 1^{er}.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11^e éd., par G. RIPERT, n. t. 1937, t. III, n° 2546 ; *contra* : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3325, et la note.

sion avantageuse à laquelle elle est appelée, dans le dessein de favoriser un cohéritier ou un héritier subséquent qu'elle désire gratifier). Le trait commun de toutes ces opérations est qu'elles réalisent un avantage par le moyen d'un acte parfaitement sincère et valable en soi, mais sans que cet avantage apparaisse nettement dans le contenu de l'acte. En bref, selon la définition de M. Savatier, la donation indirecte est « tout acte sincère qui, sans recourir aux formes normales des donations, aboutit cependant à transporter gratuitement, par la volonté des parties, une valeur d'un patrimoine à un autre »¹.

Telle est la notion courante de la donation indirecte. L'expression qui la désigne est-elle vraiment adéquate à son objet ? Quant au terme « indirecte », nous n'en examinerons la portée qu'à la fin de notre étude. Mais l'opération est-elle vraiment une donation ? Ce problème de qualification abstraite fera l'objet de notre premier chapitre.

Nous y serons amené à constater que bien souvent il sera délicat de tracer les limites de la donation et de l'acte onéreux, et cela posera un problème concret : dans chaque espèce, à qui incombera-t-il de prouver que l'acte constitue ou non une donation ? par quels modes se fera cette preuve ? Ces problèmes de preuve, dont la solution est nécessaire à la mise en œuvre pratique des principes dégagés au premier chapitre, fera l'objet d'un second chapitre.

(1) Cours oral de M. SAVATIER, cité par Y. JOLIVET, thèse citée, p. 8. Dans le même sens, ou dans un sens voisin, cf. COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1629 ; MARCADÉ, III, n° 293, cité par R. GARNIER, thèse, Dijon, 1901, p. 75 ; FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, nouv. éd. par DEMOGUE, art. 931, n° 168 ; J. ROUSSEAU, thèse, Paris, 1936, n° 16, p. 16 ; Ch. BEUDANT, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. VI, par P. VOIRIN, n° 228 ; SAVATIER, *Cours*, t. III, n° 954, p. 497. D'autres auteurs ont une conception encore plus extensive et classent comme donations indirectes toutes les donations sans formes : RAYMOND GARNIER (pour les avantages indirects *lato sensu*), thèse citée, p. 75 ; A. F. RAGEYS, thèse, Paris, 1868, pp. 31-32.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DES « DONATIONS INDIRECTES »

Les actes communément appelés donations indirectes méritent-ils vraiment ce nom de donation ? Il est nécessaire, pour répondre à cette question, de définir préalablement ce qu'il faut entendre par donation.

À vrai dire, pour les rédacteurs du Code et ses premiers interprètes, la question ne paraissait pas de nature à faire difficulté¹ : puisque la donation est soumise à des formes spéciales, c'est au respect de ces formes que l'on reconnaîtra qu'un acte présente le caractère de donation. Et l'on pourrait faire valoir en ce sens un argument d'analogie qui paraît séduisant : aujourd'hui encore, il paraît admis de définir le legs par sa seule forme ; toute disposition incluse dans le testament est un legs.

Cette définition a pour elle l'avantage de sa simplicité. Mais c'est, croyons-nous, cette simplicité même qui en accuse plus nettement les insuffisances : *omnis definitio in jure civili periculosa*. L'argument d'analogie invoqué ne saurait être décisif. D'une part, il ne suffit pas qu'une clause soit contenue dans un testament pour qu'elle constitue un legs, encore faut-il qu'elle contienne une disposition de biens — ce qui exclut la désignation de tuteur et la reconnaissance d'enfant naturel — et que cette disposition soit faite à cause de mort — ce qui exclut la reconnaissance d'une dette sérieuse antérieure — ; il reste seulement que l'on ne se montre pas exigeant pour admettre le caractère gratuit de la disposition et que, à défaut d'émolument définitif, il suffit que le légataire ait une vocation. D'autre part, si cette tolérance peut être admise en matière testamentaire, il n'y aurait pas les mêmes raisons de l'admettre quant aux donations entre vifs ; le testament est soumis à des formes simples, il n'y a donc pas de raison que le disposant cherche à les éluder et à réaliser un legs sous le couvert d'un autre acte.

La donation entre vifs, au contraire, est soumise par les articles 931, et suivants à des formes compliquées et coûteuses, les parties chercheront à les écarter et à réaliser leur volonté par des voies plus simples et plus économiques, par le canal d'un acte sous seings privés. Parfois aussi, — moins fréquemment, — elles qualifieront de donation un acte qui ne présente pas réellement ce caractère : le contrat de mariage peut, aux termes de la loi, contenir valablement des donations entre futurs époux, même de biens à venir, et sans autres formalités que celles du contrat lui-même ; et souvent l'on qualifiera de donation des dispositions du contrat en réalité onéreuses, sans risquer d'inconvénient fiscal puisqu'il s'agit de donations de biens à venir.

Il résulte de là qu'il est impossible de donner de la donation un critère purement formel² : ce serait faire dépendre la qualification d'un acte pure-

(1) Cf. G. RIPERT, *Cours de doctorat*, pp. 8-9.

(2) Comp. LEHUÉROU-KÉRISEL, thèse, 1930, p. 34 : la forme solennelle « n'est nullement le trait essentiel d'une donation, phénomène économique plutôt que acte juri-

ment volontaire des parties et extérieur au contrat, alors qu'elle ne devrait s'induire que des dispositions réelles du contrat ; ce serait, en outre, anéantir l'article 931, puisqu'il suffirait aux parties, pour échapper en droit à ses dispositions impératives, de l'avoir violé en fait ; ce serait par là même résoudre, en le supprimant, le problème des donations sans forme.

Aussi bien, le Code lui-même contient, dans l'article 894, une définition de la donation : n'est-il pas indiqué de s'y référer ? « La donation entre vifs, dit ce texte, est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »

Nous ne pensons pas que cette définition soit exacte et puisse servir de base à nos recherches. Ce n'est pas que nous voulions faire des définitions l'apanage de la doctrine et dénier au législateur toute compétence pour les formuler. La loi peut donner des définitions qui fixeront le champ à l'intérieur duquel s'appliqueront ses prescriptions ; mais ce n'est pas là, il faut le reconnaître, son rôle normal¹ et, lorsqu'elle le fait, ce n'est pas parfois sans une certaine maladresse, confondant encore sa fonction habituelle, qui est d'édicter des ordres, avec la fonction de définition qu'elle remplit par accident. Ainsi en est-il dans notre texte : sa définition contient, à côté d'éléments naturels de la donation, et sans les en distinguer, des conditions de validité surajoutées par le législateur ; ni le caractère contractuel, ni l'idée de dépouillement actuel et irrévocable ne sont inhérents au concept même de donation. S'ils ont été mentionnés, cela tient sans doute à ce que, par ces deux caractères, les rédacteurs du Code ont voulu opposer la donation entre vifs au legs, qu'ils définissent à l'article suivant comme étant un acte émané du seul testateur et que celui-ci peut révoquer. Nous aurons à nous demander si le caractère contractuel, si l'irrévocabilité sont, en droit positif français, exigés pour la validité de toutes les donations ; en tout cas, ils ne le sont pas par la nature des choses : pour l'irrévocabilité, c'est évident, notre ancien droit connaissait par exemple les donations à cause de mort, révocables, et aujourd'hui encore les donations entre époux sont affectées de la même particularité ; quant au caractère contractuel, il n'est pas davantage essentiel : dans la donation, c'est le donateur qui a le rôle prépondérant, il est seul à se dépouiller, et l'on concevrait parfaitement que son consentement soit seul exigé : celui du donataire est beaucoup plus secondaire, et, même en droit positif, il peut intervenir dans des conditions telles qu'un véritable contrat n'a pu se réaliser. « La donation, quoiqu'elle se réalise le plus souvent sous la forme d'un contrat, n'est pas nécessairement et par nature un contrat.² »

Pour dire si les donations indirectes sont bien vraiment des donations, nous ne devons pas les confronter avec la définition plus ou moins arbitraire de ce concept qui est donnée par le droit positif français, mais avec une notion générale et rationnelle, construite en fonction de la nature objective des choses³. Or nous pensons que, dans le domaine du moins des

dique et solennel. Elle n'est qu'une condition arbitraire de la loi. Il dépendait d'un législateur moins arbitraire de ne pas l'exiger ».

(1) Comp. G. RIPERT, *Cours de doctorat*, p. 8 : « dans la meilleure méthode juridique, les codes ne doivent pas contenir de définitions ».

(2) RAY, thèse, 1912, p. 55.

(3) Comp. la théorie générale des qualifications en droit international privé proposée par M^{lle} MERIGGI et exposée par M. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, n° 135, Rec. cours La Haye, 1936-III, t. LVII, pp. 479-480 : à la base des conceptions particulières et des institutions individualisées des droits matériels positifs « se trouvent des éléments fondamentaux, des directions générales identiques pour tous les peuples civilisés » (M^{lle} MERIGGI, passage cité par MAURY, *op. cit.*, p. 480). « Sous les construc-

actes juridiques patrimoniaux, c'est par ses effets que chaque opération juridique est caractérisée : elle se définit par le but qu'a poursuivi son auteur en la réalisant. La donation n'échappe pas à cette règle : elle est, aux termes mêmes de l'article 893 du Code civil, un mode de *disposition* des biens à titre *gratuit*.

Mode de disposition, elle suppose l'appauvrissement d'une personne, l'enrichissement d'une autre, l'existence d'un lien entre cet appauvrissement et cet enrichissement.

Mode de disposition à titre gratuit, elle suppose que cet appauvrissement et cet enrichissement ont lieu sans contre-partie et qu'ils sont provoqués par une intention libérale du donateur.

Appauvrissement ou enrichissement des parties, absence de contre-partie, lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement, intention libérale : tels sont les quatre points principaux dont nous reprenons l'étude dans les quatre sections de ce chapitre, en recherchant, à propos de chacun, si les donations indirectes méritent la qualification de donation.

Cela pourrait sembler insuffisant pour définir vraiment la donation : ces caractères lui sont en effet communs avec le legs. Mais il ne semble pas que la distinction entre donation et legs doive donner lieu à des développements particuliers, car elle n'est guère de nature à faire difficulté : le legs ne prendra effet qu'au décès de son auteur, c'est un acte à cause de mort. Ceci suffira le plus souvent à l'individualiser. Quant à sa révocabilité, opposée à l'irrévocabilité de la donation, elle n'est pas plus que celle-ci imposée par la nature des choses : dans la mesure où elle peut servir à le distinguer de la donation, nous en reparlerons dans notre troisième partie, en étudiant les conditions de fond de la donation.

SECTION PREMIÈRE

L'APPAUVRISSEMENT DU DONATEUR ET L'ENRICHISSEMENT DU DONATAIRE

La donation suppose une disposition de biens : c'est dire qu'une personne, le donateur, s'appauvrit, tandis que l'autre, le donataire, s'enrichit.

I. — Cela paraît d'abord exclure la possibilité de réaliser une donation au moyen d'un acte déclaratif, partage ou transaction : un tel acte, semble-t-il, n'enrichit ni n'appauvrit personne, il ne peut donc être gratuit pas plus d'ailleurs qu'onéreux.

Ce point de vue¹ paraît inspirer les solutions données tant par un

tions techniques variées, il y a une communauté d'origine et de but, une sorte de communauté fonctionnelle ; la finalité du fait ou de l'acte juridique est la même dans tous les pays... Qualifier, c'est précisément découvrir cette finalité, c'est « créer la définition-type qui répond à la conception universelle de ce phénomène déterminé » ; cette définition sera celle des expressions ou concepts de la règle de conflit. » (MAURY, *ibid.*). Indiquons que le système de M^{lle} Meriggi est très différent de celui généralement adopté par les internationalistes français. L'auteur a tenté une définition « internationale » de la donation qui, mentionnant l'irrévocabilité, nous paraît critiquable ; on ne peut, par contre, que l'approuver d'avoir passé sous silence le caractère contractuel de la donation.

(1) Voir son exposé et sa critique dans la thèse de M. CHAMPEAUX (Strasbourg, 1), pp. 238-243.

arrêt de la Chambre civile du 7 avril 1856¹ que par une décision de la Cour de Paris du 11 décembre 1924² : dans les deux espèces, une femme mariée avait fait jouer à son profit une clause de prélèvement de fonds de commerce moyennant indemnité. Devant la Cour de cassation, le fisc soutenait qu'il s'agissait d'une vente et prétendait percevoir les droits en conséquence ; la Chambre civile rejette cette prétention, en notant que « le droit de propriété du survivant prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur ». Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, il s'agissait d'un fonds de pharmacie, et les héritiers soutenaient que, n'étant pas diplômée, la veuve n'avait pu devenir propriétaire de l'officine, qu'elle avait d'ailleurs vendue quelques mois plus tard ; la Cour de Paris écarte leur prétention, car c'est seulement l'acquisition de l'officine qui est interdite aux non-diplômés ; or « la femme survivante, ayant profité de l'option qui lui était offerte, a fixé sur sa tête un droit né avant le décès de son conjoint » : ce caractère excluait toute acquisition, à titre gratuit comme à titre onéreux.

La solution donnée dans ces espèces a pu paraître équitable, encore qu'il soit assez peu justifié de manière générale de faire jouer la clause commerciale, destinée à conserver à la femme un fonds de commerce en nature, dans un cas où, par l'effet de la loi, elle sera obligée de s'en défaire dans l'année. Mais il serait certainement abusif de la généraliser.

La doctrine classique considérait l'effet déclaratif du partage ou de la transaction comme une fiction juridique et par conséquent en limitait le domaine en fonction du but limité de cette fiction : éviter que le propriétaire définitif ne souffre des actes portant sur le bien en question et accomplis par son co-contractant ou par les co-indivisaires. Lorsqu'il s'agit de définir la nature, onéreuse ou gratuite, de l'acte, il faut rechercher la seule réalité en dehors de toutes les fictions techniques, voir si dans les faits se rencontrent les éléments d'une donation, et en premier lieu un appauvrissement et un enrichissement corrélatifs.

Même si l'on n'admet pas cette doctrine classique, même si l'on voit dans l'effet déclaratif une réalité³, on est obligé de constater que cette réalité a un domaine limité : c'est ainsi que M. Champeaux est obligé de reconnaître que, si la transaction a « un effet déclaratif, puisque chacune des parties reconnaît les droits de l'autre », elle a aussi « un effet constitutif, car cette « déclaration » est l'effet d'un marché » : ce marché comporte bien, de côté et d'autre, acquisition et perte de droits patrimoniaux, puisqu'il substitue un droit certain et indiscutable à un droit litigieux, contestable ; si l'une des prestations a été fixée volontairement à une valeur inférieure ou supérieure à l'autre, il y aura donation, au lieu de marché. Et l'on raisonnerait de même pour le partage, étant entendu, naturellement, qu'il n'y aura donation que si sont réunis les autres éléments de cet acte.

II. — Le premier élément de la donation est donc l'existence d'un avantage au profit du donataire ; faut-il qu'à cet avantage corresponde de la part du donateur une prestation ou, pour employer un terme symé-

(1) Civ. c. 7 avril 1856, veuve Lecoq c. Enregistrement, *D. P.*, 1856, 1, 207, *S.*, 1856, 1, 538.

(2) Veuve Dumas c. Reynaud et autres, *D. P.*, 1925, 2, 39.

(3) Voir sur cette question, en dernier lieu, P. L.-P., note sous Civ. r. 12 fév. 1945, Périer de Féral, *D.* 1945, J., 129, not. p. 130, col. 2 : l'effet déclaratif est lié au caractère liquidatif du partage.

trique, un « désavantage » ? il semble bien difficile de le contester. On peut, il est vrai, concevoir l'existence d'un avantage qui soit créé au profit d'une personne sans l'être au détriment d'une autre : la Cour de cassation a jugé qu'en pareil cas il n'y avait pas « avantage particulier » soumis à vérification en vertu de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867¹, et aurait sans doute décidé également qu'il n'y avait pas « donation » ni même « acte gratuit ». Mais si la Cour suprême pose là un principe qui n'appelle pas de discussion sérieuse, on peut à la vérité émettre des doutes sur sa portée pratique et se demander s'il n'est pas en réalité vide de tout contenu, si l'application qui en avait été faite par les juges du fond, dont l'appréciation liait la Cour suprême, n'était pas sujette à de fortes critiques. Un avantage ne se crée pas de toutes pièces, il doit être prélevé sur quelqu'un, obtenu au détriment d'une autre personne² : il se peut seulement que n'apparaisse pas distinctement le lien entre l'avantage et la perte : question que nous retrouverons plus loin. Mais il faut poser en principe, croyons-nous, qu'il suffira d'établir l'existence de l'un des éléments complémentaires, appauvrissement ou enrichissement, pour que par là même l'autre soit présumé exister. Qu'ils ne soient pas égaux, c'est possible, mais cela intéresse, non plus l'existence même de la donation, mais la détermination de son objet, de son quantum.

Est-ce à dire que l'existence d'un avantage, quelle qu'en soit la nature, au profit de l'une des parties suffira, s'il est d'ailleurs consenti à titre gratuit, à faire de l'acte une donation ? Les termes mêmes d'appauvrissement et d'enrichissement — que, faute d'autres et par anticipation, nous avons été obligé d'employer — laissent entendre qu'il n'en est rien : c'est la nature de l'avantage procuré à son bénéficiaire qui individualise la donation en la distinguant notamment des autres actes à titre gratuit, groupés généralement sous le titre de « contrats de bienfaisance ».

§ 1^{er}. *Le problème et ses solutions.*

On a dit que la donation n'était « qu'un compartiment très particulariste dans le champ du titre gratuit »³, et on a volontiers, pour exagérer encore l'opposition, gonflé comme à plaisir le champ du titre gratuit en même temps que l'on minimisait celui de la donation proprement dite : c'est ainsi que M. Carbonnier, faisant rentrer dans le titre gratuit tous les transferts de valeurs patrimoniales réalisés sans contre-partie, y range la prescription, l'occupation, la succession *ab intestat*. Nous retrouverons plus loin cette conception et nous aurons à nous demander s'il est justifié d'éliminer ainsi l'intention libérale des éléments de la gratuité. Mais, ce que nous voulons retenir pour l'instant de la définition de M. Carbonnier, c'est que l'acte gratuit, et spécialement le contrat gratuit, a pour objet des valeurs patrimoniales, qui peuvent être pour lui des prestations de services, d'usage ou de crédit aussi bien que des datations : dans le premier cas, il y a contrat de bienfaisance ; dans le second seulement, il y a donation.

(1) Civ. rej. 6 mars 1935, Massenet de Marancour c. Soc. Coudurier, Fructus et Descher, et Fructus et Coudurier, *D. H.*, 1935, 265, S., 1937, 1, 249 et note H. Rousseau.

(2) *Sic* : H. ROUSSEAU, note préc., § 2 : « Toute distinction est ici arbitraire. Lorsqu'un actionnaire stipule en sa faveur une rupture d'égalité, c'est normalement avec l'espoir d'en tirer un profit pécuniaire. Ce profit, il faut nécessairement qu'il l'obtienne au détriment de quelqu'un et, à de très rares exceptions près, il ne peut l'obtenir qu'au détriment des autres actionnaires. Directement ou indirectement, c'est le but cherché. »

(3) J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial*, thèse, Bordeaux, 1932, p. 748.

C'est donc par leur objet, et non par la nature de l'acte qui les contient, que se distinguent ces deux catégories. M. Carbonnier ne les considère que comme deux espèces à l'intérieur du genre des actes à titre gratuit volontaires plurilatéraux ; toutes deux par conséquent revêtent pour lui la nature contractuelle. Nous ne pensons pas que ce soit exact. Fort souvent sans doute, la donation présentera la nature de contrat : il suffit de songer aux donations authentiques. De même, l'acte de bienfaisance se réalisera sous forme de contrat ; et cette nature contractuelle pourra exister même si l'une des volontés ne s'est manifestée que tacitement, par l'acceptation du service rendu¹ ; mais cela n'est pas nécessaire ; la donation comme l'acte de bienfaisance peut se réaliser sans véritable contrat, et précisément, à l'intérieur de la seconde notion, MM. Rouast² et Boitard³ distinguant la prestation gratuite de travail ou contrat de services gratuits, véritables rapports contractuels, de l'acte de pure complaisance, par lequel le prestataire n'a pas entendu s'engager véritablement. Ce n'est donc pas sur ce plan de l'existence ou de l'absence d'un contrat que doit être recherché le critérium de la distinction de la donation et de l'acte de bienfaisance.

Cette distinction n'en est pas moins réelle et d'un intérêt juridique incontestable. Seules les donations proprement dites sont soumises à un statut de défaveur, tandis que, sans faire l'objet d'une réglementation d'ensemble, les contrats de bienfaisance tendent plutôt à être traités favorablement⁴.

La distinction résulte d'ailleurs nettement des textes et de l'opposition des articles 1105 et 893. Selon l'article 1105, « le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit », tandis que l'article 893 précise que la donation entre vifs est *l'un des modes* de « *disposer de ses biens* » à titre gratuit. Malheureusement, suivant que, dans cette définition, l'on insistera plutôt sur le mot « disposer » ou sur le terme de « biens », le critère de la distinction sera différent. C'est cette controverse qu'il nous faut exposer, en notant d'ailleurs que, fort justement, les auteurs n'ont pas insisté sur une exégèse judaïque et se sont inspirés d'arguments d'un ordre plus élevé.

I. — La première thèse semble avoir, à l'époque contemporaine, trouvé l'un de ses défenseurs les plus convaincus en la personne de M. Champeaux.

Cet auteur recherche la raison qui a conduit le législateur à soumettre les donations proprement dites à un statut auquel échappait l'ensemble des actes gratuits : et il la trouve dans cette idée conservatrice que la perte est un événement plus grave que le manque à gagner, et qu'il faut, sinon l'empêcher absolument, du moins la rendre plus rare. Il y a donation s'il y a perte, non s'il n'y a que manque à gagner.

Mais ces deux termes ne doivent pas être pris dans leur acception commune, vulgaire ; transposés sur le plan juridique, ils doivent prendre une signification juridique. Il y a donation quand le donateur perd un

(1) J. DELPECH, note au S., 1937, 2, 177, sur Chambéry, 20 janv. 1937, Soc. d'électro-chimie et d'électro-metallurgie d'Ugine c. Charron.

(2) La prestation gratuite de travail, *Études Capitant*, pp. 695-710, not. n° 4, p. 697.

(3) Thèse citée, pp. 76-104.

(4) C'est ainsi que le mandat, le dépôt sont considérés par les auteurs du Code comme des contrats naturellement gratuits ; que la responsabilité du mandataire bénévole est moins lourde que celle du mandataire salarié.

droit qui existait déjà dans son patrimoine, il le transmet tel qu'il le possédait : par exemple, il donne un bien dont il était propriétaire ; ce droit pouvait même n'exister dans son patrimoine que de manière virtuelle : la donation a pour objet un démembrement de la propriété, alors que le donateur était plein propriétaire : ce démembrement paraît avoir assez de force pour être individualisé quand il est séparé de la propriété : ainsi ressuscite-t-on pour la circonstance la vieille théorie de l'usufruit causal. Il y a au contraire acte de bienfaisance lorsque c'est la simple jouissance d'un bien qui est transférée, comme dans le commodat : cette jouissance est, économiquement, un attribut de la propriété, on ne peut cependant dire qu'elle en soit juridiquement un élément : « la seule force juridique de la jouissance procurée vient de l'engagement du prêteur, et non d'une force propre qui résiderait en elle. Le prêteur crée bien un droit au profit du bénéficiaire, mais c'est par un abus de mots qu'on dit qu'il lui transfère un droit de jouissance »¹. Il y a seulement *création* d'un droit de jouissance, et non pas *transfert* d'un droit ; il n'y a pas donation.

Cette thèse ne nous paraît échapper à la critique ni dans son principe ni dans ses applications.

Que le législateur, en distinguant les donations de l'ensemble des actes gratuits et en les soumettant à un régime spécial, ait obéi à un préjugé de défaveur à leur égard, nous en convenons volontiers. Qu'il ait voulu éviter ou entraver cet appauvrissement du donateur, et, par voie de conséquence, de sa famille, soit ! Mais la traduction qui nous est proposée de ce désir en une distinction brutale entre la perte et le manque à gagner ne nous paraît nullement tendre au but visé. Il est des pertes légères qui ne réalisent pas un véritable appauvrissement : nous songeons en particulier aux donations de fruits et revenus et aux problèmes qu'elles posent². Et surtout il y a des refus de s'enrichir dont l'effet est aussi grave qu'une perte véritable : par exemple, la renonciation à une succession opulente : dira-t-on qu'il n'y a pas donation sous prétexte que la succession n'a pas été transférée du renonçant aux héritiers qui en bénéficient ?

A vrai dire, c'est un second reproche contre la théorie de M. Champeaux que nous suggère cette dernière hypothèse : même à supposer admis le principe législatif découvert par l'auteur, on ne pourrait retenir la traduction pratique qui en est proposée. La distinction de la création et du transfert de droits n'est point une *summa divisio*. Il est des actes qui ne rentrent ni dans l'une ni dans l'autre catégorie. Sur le terrain de la technique, où se place la thèse de M. Champeaux, la renonciation ne peut être considérée ni comme la création d'un droit, puisque ce droit résulte de la loi, ni comme le transfert d'un droit, puisque le renonçant accomplit un acte purement abdicatif et que l'attribution du droit qui fait suite à cette abdication en est juridiquement indépendante.

Par conséquent, la construction technique proposée par M. Champeaux ne paraît pas correspondre au fondement que lui-même attribue aux règles légales. Il s'en est d'ailleurs rendu compte ; obligé d'en reconnaître l'imperfection, il a même tenté d'y remédier en recourant à des subdivisions qui, si elles ne détruisent pas toute l'économie de son système, l'ébranlent du moins sérieusement.

A l'intérieur de la catégorie des contrats de bienfaisance, il distingue suivant que la gratuité porte sur un service purement personnel ou sur un service qui comporte lui-même un certain transfert de patrimoine,

(1) Thèse citée, p. 129.

(2) Voir en dernier lieu : FLOUR, note précitée au D. C., 1943, J, 104, et, *infra*, 3^e partie, ch. 3.

provisoire ou éventuel : dans ce dernier cas, dit-il, l'acte reste bien un simple acte de bienfaisance, mais il est dangereux à l'égal de la donation, et on lui appliquera certaines des règles de celle-ci : les règles de capacité, celles tendant à la protection du patrimoine.

On ne saurait montrer plus clairement que la distinction entre la donation et l'acte de bienfaisance ne pouvait être opérée sur les bases proposées. Si l'on met à part les règles de forme dont nous espérons démontrer qu'elles ne s'appliquent pas inéluctablement à toutes les donations, les seules règles particulières à la donation et qui ne se retrouvent pas dans les autres actes gratuits sont les règles de capacité et les règles de protection du patrimoine : dire, par conséquent, que sur ces deux points, certains actes gratuits seront assimilés à de véritables donations, cela revient à soumettre d'une manière générale ces actes à toutes les règles des donations. Et, comme les classifications juridiques n'ont d'intérêt que par la différence des règles applicables aux catégories qu'elles distinguent, force est de reconnaître que la répartition conçue par M. Champeaux se révèle inutile ; c'est dire qu'elle doit être rejetée, et qu'un autre critère doit être recherché, qui rende compte des solutions pratiques dont elle était inapte à justifier.

Ce critère est d'ailleurs tout classique. Il est tellement classique que peut-être lui reprochera-t-on de se borner à décrire une situation évidente plutôt que de l'expliquer. Il faut croire cependant que le degré d'évidence n'est pas tel qu'il ait empêché toute controverse : nous venons d'en avoir la preuve.

II. — Comme la précédente, la doctrine classique remonte au fondement des règles de défaveur édictées par le législateur à l'encontre des donations, mais elle ne l'entend pas de la même manière : ce qui a attiré la méfiance du législateur, c'est le fait qu'un patrimoine s'appauvrit sans contre-partie ; cet appauvrissement est grave, car il produit des effets définitifs ; il risque de léser gravement les proches parents du disposant, c'est pourquoi ceux-ci disposent de l'action en réduction pour atteinte à la réserve, dont l'exercice suppose que le patrimoine du défunt a subi une véritable amputation. Par conséquent, nous pouvons dire, retournant une formule de M. Champeaux¹ : « Ce qui distingue essentiellement le contrat de bienfaisance de la donation et du legs, c'est la nature du droit transmis, et non pas la façon dont il est transmis. »

On a sans doute prétendu que peu importe la nature juridique de l'avantage, que seul compte le point de vue économique : or, dit-on, le contrat de bienfaisance procure à son bénéficiaire un avantage, qui présente une valeur pécuniaire et qui ne peut donc pas être économiquement distingué de l'avantage résultant d'une donation².

Cette opinion oubliait que tous les avantages ne sont pas économiquement équivalents, que tous ne présentent pas les mêmes dangers pour celui qui les consent. Le commodat, par exemple, est d'autant moins dangereux que souvent il est consenti pour une durée très brève ou sans fixation de durée et que, même si un terme a été fixé, l'article 1889 prévoit que l'emprunteur peut être obligé de rendre la chose par anticipation s'il en survient au prêteur un besoin urgent et imprévu. De même le mandat gratuit, où le mandataire dépense son activité sans profit personnel, ne constitue ni pour lui ni pour ses héritiers une cause sérieuse de préjudice.

Par conséquent ce n'est pas n'importe quel avantage qui constitue

(1) Thèse citée, p. 144.

(2) Comp. : CHAMPEAUX, thèse citée, pp. 36 sq., 124 sq.

une donation ; l'avantage doit, pour cela, présenter une certaine nature. Cette nature, il faut, pour la définir, se placer sur le plan juridique ; et l'on a dit tout naturellement : la donation porte sur un droit réel, tandis que le contrat de bienfaisance porte sur un service ou sur la jouissance d'une chose.

Cette opposition établie entre le droit réel d'une part, le service ou la jouissance d'une chose d'autre part, paraît à première vue pleinement satisfaisante ; mais en vérité, objectera-t-on, il est bien des droits qu'elle laisse en dehors d'elle. L'objection est irréfutable si l'on ne considère que l'objet immédiat de l'acte : la cession de créance, la remise de dette, la promesse de payer n'ont pour objet ni un droit réel ni un service ou une jouissance ; mais c'est là un point de vue trop étroitement matériel. Ce qui constitue la trame d'un acte, ce qui l'individualise, c'est la volonté de son auteur, c'est le but auquel il tend¹. Or n'est-il pas permis de dire que finalement c'est bien un droit réel qui est l'objet de la cession de créance, de la remise de dette, de la promesse de payer ? La créance que l'on cède ou que l'on crée, elle est destinée à être payée, et son titulaire verra alors le droit personnel qu'il possédait se transformer en un droit réel sur une somme d'argent. Et la remise de dette ? sans doute, la dette puisqu'elle est remise ne se transformera jamais en argent, mais elle aurait dû subir cette conversion, et la remise porte sur un « droit réel par anticipation », elle n'est en réalité qu'une donation de la somme qu'aurait dû recevoir le créancier² ; ce dernier subit un appauvrissement certain, si du moins la créance était recouvrable ; son « manque à gagner » doit être pris en considération autant qu'un véritable appauvrissement, car il présente les mêmes dangers.

Il y a donc donation toutes les fois que l'acte gratuit a pour objet un droit réel, actuel ou virtuel ; en dehors de cette hypothèse, il y a seulement contrat de bienfaisance.

C'est précisément en se basant sur cette définition, apparemment restrictive, de la donation, que des auteurs ont soutenu que certaines au moins des prétendues donations indirectes ne constituaient que des contrats de bienfaisance : ce que le prétendu donateur y procure au bénéficiaire, ce n'est pas un bien patrimonial, c'est un service. Par exemple, dans la stipulation pour autrui réalisée alors qu'il n'existait pas d'obligation antérieure du stipulant envers le bénéficiaire, « il faut dire que le stipulant a simplement procuré une affaire avantageuse au tiers, comme lorsqu'on indique à un ami un objet qui est à vendre à bon marché. Il y a donc un acte à titre gratuit, comme le mandat gratuit, le dépôt gratuit, mais qui en principe n'est pas une donation »³. Point de vue que l'auteur confirme par la loi du 13 juillet 1930 qui, dans l'assurance sur la vie, la plus importante application pratique de la stipulation pour autrui, exclut l'essentiel des règles des donations. De même, le bail à vil prix ne serait pas une donation, et on le démontre par un argument *a fortiori* qui au premier abord est troublant : si le bail est consenti à un prix désiroire, *nummo uno*,

(1) Cf. *supra*, chap. 1^{er}, *in limine*.

(2) Voir toutefois le motif, erroné selon nous, donné par la Cour de cassation à l'appui d'une solution exacte : « la remise de dette, même à titre gratuit, n'est pas soumise aux formalités exigées par la loi pour la validité des donations entre vifs ; une telle remise, bien que constituant une libéralité, repose sur l'extinction d'un droit, et non sur la transmission actuelle de biens avec dessaisissement, qui constitue la donation entre vifs proprement dite. » (Civ. 2 avril 1862, Vayson c. Vayson, *D. P.*, 1863, 1, 454, S., 1863, 1, 203).

(3) DEMOGUE, *Obligations*, t. VII, n° 855, p. 223.

il y a en réalité prêt à usage¹, donc simple contrat de bienfaisance. A plus forte raison doit-il également n'y avoir que contrat de bienfaisance lorsque le loyer est seulement vil au lieu d'être nul, lorsque par conséquent l'avantage réalisé par le bénéficiaire est moins important. N'est-ce pas d'ailleurs la solution vers laquelle s'oriente la jurisprudence lorsqu'elle dispense de rapport les « donations de fruits et revenus »² ?

De cette confusion possible entre les donations indirectes et les contrats de bienfaisance tels que nous venons de les définir, on peut d'ailleurs argumenter dans deux sens différents, voire opposés.

On peut d'abord soutenir que le critère qui a été proposé est inacceptable et que la notion de donation doit être construite sur d'autres bases.

On peut, au contraire, acceptant ce critère, en déduire que les donations indirectes ne sont pas de véritables donations et que par conséquent le problème de validité que nous soulevions dès le début de ce travail ne se pose pas en réalité. Ni l'un ni l'autre de ces points de vue ne serait à notre avis justifié.

§ 2. Conséquence négative du critérium proposé : il n'y a pas de donations de services.

Qu'il n'y ait de donation que celle qui porte sur un droit réel, cela nous paraît résulter du fondement même donné au régime particulier des donations. C'est, au demeurant, la solution consacrée, récemment encore par la Cour de cassation : pour la juridiction suprême, « la donation consiste essentiellement dans l'aliénation gratuite que le disposant fait de tout ou partie de ses biens ou droits au profit d'une autre personne ; une opération juridique ne présente donc pas le caractère de la donation si son auteur, même mû par une pensée de pure bienveillance et agissant pour l'avantage exclusif d'autrui, ne se dépouille volontairement, par là, d'aucune portion de son patrimoine »³. Des principes semblables ont cours, d'ailleurs, en d'autres matières que celle des donations, par exemple quant à l'enrichissement sans cause : l'action de *in rem verso* ne peut être exercée que s'il existe un « enrichissement de caractère patrimonial »⁴ ; les simples avantages ne sont pas normalement pris en considération⁵. C'est que cette matière, comme la nôtre, est dominée par une idée d'équivalence des patrimoines : les mêmes principes y trouvent place.

A vrai dire certains parlent de donation de services, et l'on a fait valoir en ce sens que les services ont une valeur pécuniaire et que même les biens n'ont en général de valeur qu'à raison du travail humain qui leur est incorporé, de sorte que si tout service peut être converti en argent,

(1) SAVATIER, *Rev. trim. de droit civil*, 1935, pp. 188-190, n° 9, à propos de Trib. civ., Seine, 26 juill. 1934, Vosniasky c. d'Oldenbourg et Comité honoraire pédagogique, *Gaz. Pal.*, 1934, 2, 863.

(2) Civ. r. 27 nov. 1917, veuve Crespin-Desinge c. Alfred Desinge, *D.*, 1921, 1, 21 ; *S.*, 1917, 1, 105, et note LYON-CAEN. — Rappr. : Agen, 3 mars 1902, consorts de Peyrelongue c. dames de Gérando et de Tartas, *D. P.*, 1902, 2, 121, et note Ambroise COLIN. — Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas absolument fixée : v. en dernier lieu : VOIRIN, note *J. C. P.*, 1941, II, 1655 ; FLOUR, note *D. C.*, 1943, J., 104, et *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 3.

(3) Civ. c. 5 avril 1938, dame Fauchon c. Fauchon, *D. H.*, 1938, 305 ; *S.*, 1938, 1, 168 ; commentaire SAVATIER, *Rev. trim.*, 1938, pp. 496-497.

(4) DEMOGUE, *Obligations*, t. VII, n° 150, p. 239.

(5) Cf. cependant : DEMOGUE, *eod. loc.*, p. 241.

tout bien matériel n'est à l'inverse que la cristallisation d'une certaine somme de services. Ce n'est pas là pure vue de l'esprit : on rencontre en pratique des situations qui paraissent voisines et qui sembleraient pourtant, d'après les considérations précédentes, devoir être soumises à un régime différent : si je donne mon travail d'un jour, dit M. le doyen Ripert, il y a contrat de bienfaisance, tandis qu'il y a donation si je donne le salaire correspondant ; de même, le prêt sans intérêt est un acte de bienfaisance, tandis que la remise d'intérêts stipulés lors d'un prêt antérieur serait une donation.

Et même, il y a des situations qui matériellement ne seront pas seulement équivalentes, mais identiques, et dont la qualification ne sera pourtant pas la même : ainsi la concession de la jouissance d'un bien sera normalement un contrat de bienfaisance, tandis que, si cette jouissance peut être considérée comme un usufruit, il y aura droit réel, donc donation.

On ne peut, de la seule existence de ces situations douteuses, conclure à la fausseté du critère auquel nous avons cru devoir nous arrêter. Toute classification comporte des cas-limites. Leur existence nous impose seulement de rechercher suivant quel principe on pourra les ranger dans l'une ou l'autre catégorie.

Ce principe nous paraît être le suivant, qui résulte directement de nos explications précédentes : si la donation est soumise à un régime de défaveur, c'est que l'aliénation qu'elle réalise paraît psychologiquement anormale, soit que son auteur n'ait pas une volonté absolument libre et pleinement consciente, soit surtout que par l'acte en question il cherche à dépouiller sa famille. C'est donc essentiellement par rapport à l'intention du donateur qu'il faudra envisager la nature et l'objet de l'acte. Si le bienfaiteur, en rendant un service, n'a eu en vue que d'aider passagèrement le bénéficiaire, il y aura acte de bienfaisance proprement dit ; si au contraire il a voulu lui éviter une dépense peut-être importante et donc accroître son patrimoine de manière définitive, il y aura vraiment donation.

§ 3. *L'application positive du critérium : prêt et cautionnement.*

C'est qu'en effet, si la donation ne peut avoir pour objet qu'un droit réel, un bien matériel, il se peut que cet objet n'apparaisse pas immédiatement dans l'acte. C'est l'une des raisons, — et peut-être la plus pertinente, — pour lesquelles on parle en pareil cas de donation « indirecte »¹.

Ici encore l'analogie avec la théorie de l'enrichissement sans cause sera souvent instructive : à plusieurs reprises nos tribunaux ont eu à statuer sur l'action *de in rem verso* exercée contre un mari divorcé ou contre un concubin par une femme qui avait apporté au défendeur sa collaboration pour l'exercice de son commerce. Le 7 février 1928, la Cour de Dijon² a fait droit à la demande, ce qui pourrait sembler contredire les principes que nous venons de rappeler ; mais elle a pris soin de relever que, dans l'espèce, la domestique fiancée, à qui, depuis la promesse de mariage, on avait cessé de payer ses gages, avait, par son industrie, « accru le patrimoine [du défendeur] en le dispensant de recourir à une main-d'œuvre et à une aide qui, à défaut de ces services, lui eussent été nécessaires, et, d'autre part, appauvri son propre patrimoine en se privant, tout au moins en

(1) Cf. *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e éd., 1932-1935, v^o Direct : « qui est droit, qui ne fait aucun détour ».

(2) Leblanc c. dame Vial, *D. P.*, 1928, 1, 169, et note P. VOIRIN.

partie, des avantages qu'elle aurait pu tirer de son activité si elle l'eût employée d'une autre façon ». Le savant annotateur discute sur l'absence de cause juridique, nécessaire pour que fût justifiée l'action *de in rem verso*, mais il s'incline devant la décision rendue sur la question même de l'appauvrissement et de l'enrichissement ; il paraît même admettre la possibilité d'une « donation de travail » : conception qui de manière générale nous a paru critiquable. Mais, si l'on peut regretter que l'arrêt n'ait pas exposé en détail les motifs qui l'ont conduit à reconnaître l'existence d'un véritable transfert de valeurs patrimoniales, il semble facile d'y suppléer : la domestique avait perçu des gages jusqu'au moment de la promesse de mariage ; si elle avait ensuite continué gratuitement ses services, c'est bien, dans l'intention des parties, sur les gages eux-mêmes qu'avait porté le transfert de valeurs.

Dans un cas où c'était une femme mariée séparée de biens qui avait aidé son mari de son industrie et qui demandait après divorce à en être indemnisée, la Cour de Rouen a de même admis la demande¹. Mais M. Nast fait observer que la femme ne devrait avoir droit à indemnité de manière générale que dans le cas où son industrie a apporté une plus-value à l'exploitation de son mari².

Dans le domaine des actes gratuits proprement dits, il est surtout deux sortes d'opérations qui ont donné lieu, en jurisprudence, à des discussions assez vives quant à leur caractère de donations : le prêt d'argent et le cautionnement. Les raisonnements qui ont été employés pour ces deux actes sont d'ailleurs fort semblables, ce qui montre bien l'unité du principe qui doit régir la solution de ces difficultés ; semblables aussi les circonstances dans lesquelles ont été mis en cause la nature et l'objet de ces actes. En vue d'assurer l'égalité entre les cohéritiers, le législateur les a obligés à rapporter à la masse successorale les dons qu'ils ont reçus du défunt et les dettes qu'ils ont contractées envers lui. Mais rapport des dons et rapport des dettes restent deux institutions distinctes, soumises chacune à ses règles propres. Et notamment, tandis que la donation doit être rapportée intégralement, même en cas de faillite du donataire, les dettes envers le *de cujus*, au contraire, comme toutes les obligations à titre onéreux, sont soumises à la loi du dividende et à la réduction concordataire. D'où la question : le prêt, le cautionnement ont pu être inspirés au *de cujus* par l'affection envers son héritier présomptif : si l'on considère que la gratuité n'a porté que sur le crédit procuré au successible, la somme prêtée ou la somme que la caution aura été obligée de payer aura été fournie à titre onéreux, à charge de remboursement : elle sera soumise au rapport des dettes ; si au contraire on fait porter la gratuité sur tout l'acte, cette somme même aura été fournie à titre gratuit et obéira donc aux règles du rapport des dons.

I. — Nous pressentons aisément que ces actes gratuits, notamment ces prêts, ont lieu surtout entre parents et enfants : c'est surtout là que jouera l'intention libérale. Entre personnes non parentes, il y aura des libéralités sous forme de prêt : le prêt ne sera plus alors qu'une apparence, la cause officielle d'une reconnaissance de dette.

Que la question ne se soit posée qu'à propos du rapport ne signifie pas que les prêts gratuits que nous envisageons pour l'instant échappent aux

(1) Rouen, 16 juillet 1936, Jarry c. dame Dejaeghère, *D. P.*, 1938, 2, 89, note M. Nast.

(2) Note précitée.

autres règles des libéralités ; ces autres règles ont soulevé moins de difficultés, mais elles devront jouer dans les mêmes conditions.

Il pourrait sembler que le problème ne dût se poser qu'à l'occasion du prêt sans intérêt : la donation n'étant en effet qu'une variété de l'acte gratuit, et le prêt à intérêt étant un acte onéreux, il n'y aurait pas en ce qui le concerne à soulever la question de sa nature ni par voie de conséquence celle des modalités du rapport : le prêt à intérêt devrait subir, pour le rapport des dettes, la réduction concordataire. Telle est l'affirmation de principe d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 août 1843¹. Mais, dès 1866, une cour d'appel refusait de s'incliner devant cette jurisprudence² ; et aujourd'hui la Cour suprême semble admettre que, si le prêt à intérêt est moins souvent gratuit que le prêt sans intérêt, « la stipulation d'intérêts n'est pas, dans tous les cas, exclusive de l'idée de libéralité et n'imprime pas nécessairement au prêt le caractère d'acte de spéculation »³. Et cela se comprend : le fait d'avoir à sa disposition une somme d'argent, même à charge d'en payer les intérêts, peut dans certaines circonstances constituer un avantage fort appréciable : entre ascendants et descendants, c'est à peu près l'équivalent d'une donation de nue-propriété.

Quels seront donc les caractères qui feront du prêt un acte gratuit, une donation ? La Cour de cassation ne donne sur ce point qu'une formule vague⁴, pour l'application de laquelle elle s'en remet aux juges du fond : le prêt sera une libéralité, et soumis comme tel au rapport intégral, lorsqu'il aura été consenti « dans l'intérêt du successible »⁵, « dans l'intérêt de l'emprunteur »⁶.

Que ce caractère donne au prêt la nature gratuite, on le comprend ; qu'il aille jusqu'à en faire une donation, cela se comprend moins et paraît d'abord contraire à l'idée sus-énoncée que la donation a pour objet un droit réel : ici, s'il y a bien transfert d'une somme d'argent du prêteur à l'emprunteur, on ne peut dire que ce transfert soit gratuit, il aura parfois donné lieu au paiement d'intérêts, en tout cas il sera fait à charge de restitution ; par conséquent, ce qui est gratuit, semble-t-il, ce n'est pas le transfert de la somme d'argent, c'est l'octroi de crédit qui en résulte : service immatériel ; il semblerait donc qu'il y a contrat de bienfaisance, non donation.

Raisonnement ainsi, c'est faire abstraction d'une donnée non négligeable de la situation : ce prêt gratuit, nous l'avons dit, est consenti généralement à un successible, plus précisément à un descendant. Or même si c'était une véritable donation qui était faite à ce successible en ligne directe, il ne la recueillerait pas à titre définitif, il serait tenu à rapport ; en lui octroyant un prêt, l'ascendant arrivera au même résultat ; l'acte doit donc avoir la même nature, cette nature n'est pas modifiée par la qualification inexacte donnée par les parties. Sans doute, cette qualification pourrait révéler la volonté des parties soit de dispenser du rapport soit même de faire un véritable acte onéreux. Mais ce sera extrêmement rare : on ne peut dire

(1) Héritiers Valeau c. Valeau, *D. P.*, 1843, 1, 491, *S.*, 1844, 1, 186.

(2) Nîmes, 1^{er} juin 1866, syndic Achard c. Achard, *S.*, 1867, 2, 8.

(3) Req. 10 juin 1913, Leborgne c. de Lachomette, *S.*, 1914, 1, 366.

(4) Formule que l'on trouve déjà incidemment, et pour indiquer que la condition n'est pas remplie, dans l'arrêt Valeau de 1843, précité.

(5) Req. 10 juin 1913, Leborgne, précité.

(6) Req. 4 nov. 1889, veuve Babin c. Babin, *D.*, 1890, 1, 435, *S.*, 1890, 1, 206. — Dans le même sens : Bordeaux, 20 déc. 1901, Véron c. Oagnier, *S.*, 1904, 2, 25, et note A. TISSIER.

que le fait de réaliser la donation par un prêt vaille dispense implicite de rapport puisque précisément le prêt, même en l'absence de gratuité, serait soumis au rapport des dettes ; il est vrai que ce dernier n'obéit pas au même régime, mais ce régime spécial ne s'applique que quand le contrat est véritablement onéreux, et ceci sera exclu le plus souvent par les circonstances : la faillite, à laquelle finalement l'emprunteur sera acculé, pouvait fréquemment être prévue, sinon avec certitude, du moins comme possible, dès le moment où le prêt a été consenti ; en le consentant cependant, l'ascendant a bien compris qu'il avait peu de chances de rentrer en possession des sommes prêtées : c'est un véritable avancement d'hoirie qu'il a voulu réaliser¹. Il en sera presque toujours ainsi lorsqu'il s'agit du prêt sans intérêt ; si un intérêt a été stipulé, nous pensons que l'élément essentiel qui permettra de dire s'il y avait ou non donation sera la situation du successeur au moment du prêt : si cette situation lui permettait d'obtenir de tiers un prêt aux mêmes conditions, ce n'est pas parce que c'est un ascendant qui l'a consenti qu'on doit y avoir une donation ; si au contraire sa situation était tellement compromise qu'il avait perdu tout crédit, il est à croire que c'est un véritable avancement d'hoirie qui lui a été consenti par l'ascendant.

II. — Ce sont des principes similaires qui permettent de dire dans quels cas le cautionnement de la dette d'autrui constitue une véritable donation² : leur application est toutefois compliquée par le fait que l'opération met en jeu trois personnes au lieu de deux et qu'elle ne réalise pas un appauvrissement immédiat ni même certain de la caution. Des distinctions seront donc ici nécessaires, plus que pour le prêt.

A l'égard du créancier, et dans ses rapports avec la caution, il n'y a pas normalement donation : le créancier ne fait que recevoir son dû ; souvent ce sera lui qui, en présence d'une personne ne lui inspirant pas grande confiance, aura exigé, pour lui prêter de l'argent, qu'elle lui fournisse l'engagement d'une caution ; même si, par la suite, c'est celle-ci qui est obligée de payer, il n'aura reçu que son dû. Et le cautionnement restera onéreux à son égard même s'il n'a été consenti qu'après la naissance de la dette principale³. Il se peut toutefois que cette dette principale soit elle-même née d'une donation : le cautionnement qui lui est adjoint constitue-t-il lui aussi une donation ? La jurisprudence l'a admis⁴ : il faut alors voir dans le cautionnement non pas « un accessoire de la donation principale », mais « une libéralité directe, quoique éventuelle, de la caution envers le donataire, un engagement né de la même cause que le premier, participant de sa nature et destiné à le suppléer, si la condition dans laquelle il a été pris vient à se réaliser » ; la question ne se pose pratiquement que si la caution est obligée de payer, c'est-à-dire si le donateur est insolvable : alors la donation ne pourra produire d'effet qu'à cause de l'engagement de la caution : il y a donc bien un transfert gratuit de valeurs du patrimoine de la caution dans celui du donataire, et la Cour de cassation l'a soumis à juste titre à la réduction pour atteinte à la réserve.

Mais, normalement, c'est au débiteur cautionné, et non pas au créan-

(1) Comp. A. TISSIER, note précitée, S., 1904, 2, 25.

(2) Certains arrêts ont même confondu les deux choses : statuant sur un cautionnement, ils ont dans leurs motifs posé des principes en parlant de prêt : Req. 17 avril 1850, Thibault c. Thibault, D. P., 1850, 1, 107, S., 1850, 1, 510.

(3) Req. 13 mars 1854, Farrau c. syndics Cartier, D., 1854, 1, 248.

(4) Civ. c. 12 août 1872, de Sainneville c. de Sainneville, S., 1872, 1, 325, D. P., 1873, 1, 15.

cier, que le cautionnement procure un avantage. Cet avantage sera-t-il de telle nature que l'on puisse voir dans l'acte une véritable donation ? Nous croyons qu'ici encore il faut en revenir au critère général de la donation : transfert de valeurs patrimoniales à titre gratuit. Ce transfert de valeurs patrimoniales existera essentiellement dans deux cas :

1^o lorsque la caution renonce à exercer un recours contre le débiteur principal : alors elle s'expose à un appauvrissement définitif, dont l'éventualité est d'ailleurs des plus sérieuses, car en pareil cas le créancier s'adressera souvent à la caution plutôt qu'au débiteur dont la solvabilité sera bien douteuse¹ ; la caution « a fait une libéralité éventuelle qui sera définitivement consommée quand elle aura payé le créancier »² ;

ou bien 2^o lorsque l'intervention de la caution, sans rémunération pour le service qu'elle rend, aura procuré au débiteur un avantage matériel, notamment une réduction de sa dette³.

Ce cas pose d'ailleurs une question plus générale, et qui déborde même le domaine du cautionnement, celle de la nature de l'enrichissement : pratiquement, en effet, si l'intervention de la caution amène la créancier à consentir une réduction de ses droits, c'est que la valeur de sa créance était singulièrement amoindrie par l'insolvabilité de son débiteur. Dans l'espèce de *Bray c. de Magnoncourt de Tracy*, ce débiteur était une femme dotale qui ne possédait point de paraphernaux ; par suite du cautionnement fourni par son père, la dette avait été réduite de près de neuf cent mille francs à trois cent mille seulement ; mais la dette primitive était irrécouvrable : pouvait-on dire dans ces conditions qu'un avantage pécuniaire avait été procuré au donataire ? Oui, si l'on se place au point de vue juridique ; non, du moins normalement, si l'on regarde la réalité économique. C'est bien à ce second point de vue que semblait s'être placé le Tribunal de la Seine : il relevait que, si la dame de Magnoncourt ne pouvait lors de l'acte être utilement poursuivie, il était possible d'envisager le cas où son mari précéderait à son père et où elle aurait donc pu voir saisir les biens de la succession paternelle : ce motif révèle implicitement qu'aux yeux du Tribunal, c'était l'avantage réel qu'il fallait considérer, non l'avantage juridique. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de Paris qui confirmait le jugement, a ajouté un argument d'ordre juridique : les obligations contractées sous le régime dotal sont valables, sauf à ne pouvoir être exécutées sur les biens dotaux ; l'acte qui a pour effet de réduire ces obligations réalise donc une donation. C'est ce point de vue qui nous paraît le plus judicieux : dès qu'une obligation existe, on doit la présumer efficace, car il est toujours possible que le débiteur recueille des biens qui lui permettront d'y satisfaire. Point de vue particulièrement exact aujourd'hui, à une époque où les variations de valeur des biens et les bouleversements de fortune atteignent une ampleur si considérable. Il y aura seulement des cas exceptionnels où le juge pourra estimer que vraiment il n'existe aucun espoir de voir améliorer la situation du débiteur.

Le point de vue juridique que nous adoptons pour la théorie de la donation indirecte ne correspond pas à celui généralement admis en ce qui concerne l'action *de in rem verso*⁴. C'est que celle-ci a sa base juridique

(1) *Sic* : VALLOIR, thèse, Rennes, 1919, p. 77.

(2) *Ibid.*

(3) Req. 12 nov. 1879, de *Bray c. de Magnoncourt de Tracy*, *D.*, 1880, 1, 49, rapport du Conseiller Barafort et note C. A. ; RIPERT, Cours cité, pp. 292 sq. ; VALLOIR, thèse citée, pp. 76 sq.

(4) DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, n° 143 *in fine*, p. 226 : « La théorie de l'enrichissement considère en principe des réalités et non des droits abstraits. »

dans un fait matériel, tandis que la première repose sur une volonté contractuelle, qui a prévu ou pu prévoir des changements de situation : « contracter, c'est prévoir ».

Il nous apparaît donc, au terme de ces développements, qu'il n'y a donation que là où il y a appauvrissement et enrichissement portant sur un droit réel, mais que ce droit réel peut être simplement virtuel, destiné à n'apparaître que plus tard, et la donation peut ne se réaliser que par l'intermédiaire d'un acte qui a l'apparence d'un contrat de services gratuits.

SECTION II

L'ABSENCE DE CONTRE-PARTIE A L'ENRICHISSEMENT OU A L'APPAUVRISSMENT

Nous avons vu que, pour qu'il y ait donation, la première condition est l'existence d'un transfert de valeurs patrimoniales : le patrimoine du donateur diminue, celui du donataire s'accroît. Ce terme de diminution ou d'accroissement « de valeur » implique qu'aucune contre-valeur ne viendra remplacer celle qui a disparu chez le donateur ni disparaître pour faire place à celle qui doit venir s'agréger aux biens du donataire. Si cette condition résultait implicitement des termes employés, elle n'apparaissait pas nettement. Il nous faut maintenant essayer de la dégager.

La contre-partie, qui viendra compenser l'avantage et lui retirer le caractère de donation, peut être passée, présente ou future. Sans doute, en un sens, sera-t-elle toujours présente : c'est essentiellement la psychologie des parties qu'il faut considérer : or, la prestation passée n'est considérée que dans les effets qu'elle produit actuellement et la prestation future que dans l'espoir de sa réalisation, espoir d'autant plus actuel qu'il est garanti par la création immédiate d'une obligation. La distinction peut cependant présenter un intérêt juridique : lorsqu'elle se situe dans le passé, la contre-prestation, par définition, préexiste à la volonté des parties et le lien entre ces deux éléments n'apparaît pas nettement : il faudra d'abord établir ce lien, dire s'il est suffisamment étroit pour que l'on puisse considérer l'acte comme n'étant que l'exécution d'une obligation préexistante ; pareille question n'a plus de sens si la contre-partie est présente ou future : le lien entre les deux prestations résulte alors des termes mêmes de l'opération. Une seconde question, au contraire, est commune aux deux hypothèses, dès lors qu'est démontré le lien entre les deux prestations : y a-t-il équivalence entre elles ? ou bien subsiste-t-il un déséquilibre qui laisse au transfert, au moins partiellement, le caractère gratuit ?

Avant d'entreprendre l'étude séparée de ces deux questions, il est nécessaire de préciser, ainsi que le laissent entendre nos précédentes explications, le sens un peu particulier que nous donnons à ces termes de contre-partie passée, présente ou future : la contre-partie sera passée toutes les fois qu'elle résultera d'une situation qui existait dès avant la donation, même si elle ne doit produire ses effets que par la suite : ainsi l'assurance sur la vie ne serait-elle, selon certains, que l'exécution d'une obligation de secours préexistante, mais qui ne devient actuelle que par le décès de son auteur ; — la contre-partie sera présente ou future seulement lorsque la contre-prestation ne trouvera sa source que dans la volonté des contractants.

Le problème à résoudre est de séparer, dans ces deux cadres, le domaine de l'acte gratuit et celui de l'acte onéreux.

§ 1^{er}. *La préexistence d'un devoir à la charge du prétendu donateur retire-t-elle à l'acte le caractère gratuit ?*

La gratuité d'un transfert de valeurs suppose, avons-nous dit, que ce transfert n'est pas compensé par une prestation antérieure et de sens inverse ; à vrai dire, au lieu d'une prestation proprement dite, il peut s'agir d'une obligation née directement de la loi et sans avoir été provoquée par un transfert de valeurs.

I. — Il ne saurait s'agir, bien entendu, d'une obligation civile de transférer l'objet de la prétendue donation : en pareil cas, le *tradens* ne fait que payer son dû, ce qui exclut toute idée de donation. La question s'est toutefois posée en jurisprudence de savoir si la dation d'une sûreté en garantie d'une obligation préexistante constituait un acte gratuit ou un acte onéreux : en un sens, on peut faire valoir que celui qui est tenu d'une dette est tenu par là même de fournir les moyens d'en procurer l'exécution¹, mais en sens inverse on peut noter que la dette sans sûreté pouvait être irrecevable et que c'est l'octroi d'une hypothèque qui seul l'a vivifiée et a permis, en ce cas, l'appauvrissement de l'obligé². A vrai dire, la question s'est rarement posée pour l'hypothèque garantissant la dette née d'un acte véritablement onéreux : en pareil cas, le créancier n'a reçu que son dû en contre-partie d'une prestation antérieurement fournie par lui, et il pourra seulement être soumis à l'action Paulienne dans les conditions de droit commun ; c'est sur le cas où l'hypothèque était venue, après coup, garantir une constitution de dot qu'a eu à statuer la Cour de cassation, précisément au sujet des conditions de l'action Paulienne ; et il semble que, de ses deux arrêts³, se dégage la distinction suivante : la concession d'hypothèque *a posteriori* a le caractère onéreux si, à sa date, la dette était exigible, car alors le créancier aurait été en mesure d'obtenir⁴ et d'inscrire immédiatement⁵ une hypothèque judiciaire ; si, au contraire, la dette n'était pas exigible, la constitution d'hypothèque est un acte gratuit qui, en cas de fraude, peut être annulé sans qu'on prouve la complicité de son bénéficiaire : ce dernier est bien donataire, car, la question ne se posant pratiquement qu'en cas de déconfiture du débiteur, la constitution d'hypothèque lui a procuré un avantage pécuniairement mesurable⁶.

(1) Req. 22 août 1882, Halphen c. époux Thurillet et Jean Grange, *D. P.*, 1883, 1, 296 ; *S.*, 1883, 1, 25, et note LACOMTE.

(2) Cf. : Civ. 22 août 1876, Maufra et autres c. syndic Gouin, *S.*, 1877, 1, 54.

(3) Civ. 22 août 1876 et Req. 22 août 1882, précitées ; — cf. : DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, n° 916, V.

(4) Art. 2123 C. civ.

(5) L. 3 sept. 1807, art. 1^{er}.

(6) C'est par une application de la même idée (que la création ou la renonciation à hypothèque peut équivaloir à la transmission virtuelle d'un bien matériel) que la jurisprudence décide que l'on ne peut renoncer à la sûreté légale garantissant une créance incessible, par exemple la pension alimentaire pouvant profiter à une femme mariée : Civ. c. 12 déc. 1921, dame Harguindeguy c. consorts Barrière, *S.*, 1923, 1, 353. A ce point de vue, la question est de savoir s'il faut considérer l'avantage juridique ou l'avantage réel, s'il faut consacrer en quelque sorte le droit de ne pas payer ses dettes. Cf. *supra*, section 1, in fine.

Par conséquent, sous le bénéfice de cette précision, l'existence d'une obligation civile antérieure est exclusive de l'idée de donation.

II. — Mais il existe, à côté des obligations civiles, des situations créant des devoirs moraux auxquels, parfois, la loi elle-même donne, sous le nom d'obligations naturelles, une certaine efficacité juridique. Lorsque le transfert de valeurs n'est opéré que parce que son auteur a conscience d'être tenu d'une obligation naturelle ou d'un devoir moral, reste-t-on encore dans le domaine des donations ?

Le cas principal est celui de la donation rémunératoire : il s'agit d'une donation destinée à récompenser des services appréciables en argent,¹ mais dont le bénéficiaire n'était pas civilement tenu d'acquitter le prix². On pourrait songer à dire qu'en pareil cas il n'y a pas donation ; mais ce point de vue serait certainement exagéré : la rémunération peut être totalement disproportionnée par rapport aux services rendus, et d'ailleurs l'opération est soumise à certaines des règles des donations, et même à toutes les règles de fond : rapport, réduction, révocation pour survenance d'enfant (cette dernière étant visée expressément par l'article 960 du Code civil)³.

Ainsi le régime des donations rémunératoires est tout voisin de celui des donations indirectes : dispense des règles de forme propres aux donations⁴, soumission aux règles de fond. Mais, si le régime est identique, le fondement de ces deux dérogations au droit commun est différent, et les deux catégories doivent donc être nettement distinguées du point de vue doctrinal : si la donation indirecte est dispensée des formes authentiques, c'est, dirons-nous, parce que le mécanisme même de l'opération et les conditions auxquelles est soumis l'acte dont elle emprunte le moule réalisent une protection équivalente ; au contraire, dans la donation rémunératoire, la volonté du donateur n'a pas besoin de la même protection : payant une dette de reconnaissance, son acte a paru beaucoup moins anormal : ce sont donc des raisons de fond, et non de forme, qui lui valent ce régime de faveur. Encore faut-il que ces raisons de fond soient sérieuses, tangibles : et c'est pourquoi l'on exige que les services qui sont à l'origine de la donation rémunératoire soient appréciables en argent : la jurisprudence n'a pas voulu que l'on puisse trop facilement tourner la loi, et c'est pourquoi elle n'a pas cédé aux conseils de la doctrine qui l'invitaient à s'évader des « horizons d'épiciers »⁵ et à tenir compte même d'équivalents d'ordre purement moral : pas plus que des prestations de cette nature ne présentent le caractère de donation, elles ne peuvent servir d'équivalent à un transfert patrimonial et lui retirer le caractère de donation.

Si la donation rémunératoire est soumise à un régime de faveur, c'est que l'on a considéré qu'elle se rapprochait de l'exécution d'une obligation naturelle, sans toutefois présenter peut-être tous les caractères qui permettraient de la ranger dans ce cadre.

(1) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3243. — V. Lyon, 18 janv. 1945, Guyonnet c. Raphanel, *Gaz. Pal.*, 1945, 1, 193.

(2) RIPERT et BOULANGER, *ibid.* ; — Req. 12 mars 1918, veuve Paulin Roy c. dame Pauline Roy (sol. implicite), *S.*, 1921, 1, 70 ; — *contra* : Gand, 6 juin 1907, *Pas.*, 1908, 2, 77, analysé par J. SERVAIS, *Rev. trim.*, 1910, p. 498, n° 181.

(3) RIPERT et BOULANGER, *loc. cit.*

(4) Req. 12 mars 1918, précité, sol. implicite : en cas de donation rémunératoire, cet arrêt exclut l'application de l'art 932 C. civ. ; on peut, sans déformer la pensée de ses auteurs, étendre cette dispense à toutes les règles de forme.

(5) DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, n° 916, p. 898 ; ainsi les fondations ne seraient pas des donations ; — *contra* : PAILHÉ, thèse, Grenoble, 1939, n° 169, p. 289.

A plus forte raison, en présence d'une véritable obligation naturelle, dispensera-t-on son exécution des formes des donations¹. Mais, ici encore, cela ne signifie pas que l'opération échappera également aux règles de fond : car il existe des obligations naturelles de faire donation : par exemple, l'obligation de doter, la renonciation des héritiers à invoquer la nullité d'une donation ou d'un legs pour vice de forme : alors la « contre-partie » est bien suffisante pour dispenser l'acte de formes, mais non pour permettre de faire abstraction à tous points de vue de la mutation de valeur à titre gratuit qui s'est opérée.

Ainsi, en définitive, il semble bien que ce soit la notion d'obligation naturelle qui justifie la validité des donations rémunératoires. Le phénomène n'est pas resté inaperçu des juristes. Ils ont cherché à en tirer de nouvelles conséquences et, pénétrant cette fois dans le domaine propre des donations indirectes, à justifier la validité de certaines d'entre elles par le recours à une idée analogue.

III. — Il en a été ainsi dans le domaine de l'assurance sur la vie et de l'assurance contre les accidents. On a soutenu qu'en souscrivant le contrat, surtout s'il s'agissait d'une assurance contre les accidents, l'assuré ne réalisait pas une libéralité, il ne faisait qu'exécuter un devoir moral, celui d'assurer des moyens d'existence à ceux qu'on laisse après son décès ; réciproquement d'ailleurs, le bénéficiaire ne s'enrichit pas vraiment, puisque l'indemnité qu'il touche ne fait que réparer le préjudice que lui cause la mort de son bienfaiteur. Il va de soi que cette thèse ne peut être soutenue avec quelque vraisemblance que dans les rapports entre proches parents ; mais, même ainsi limitée, elle doit être rejetée.

Elle apparaît comme la conséquence de la conception, soutenue jadis², du caractère indemnitaire de l'assurance sur la vie ; conception assouplie par Labbé et M. Sumien³ : « à raison des difficultés de l'estimation du dommage, la somme assurée représente l'évaluation forfaitaire de la vie et du préjudice causé au bénéficiaire »⁴.

L'article 54 de la loi du 13 juillet 1930 a fait justice de cette théorie du caractère indemnitaire de l'assurance sur la vie, spécialement de l'assurance en cas de décès au profit d'un tiers : les sommes assurées sont fixées librement, et l'assureur obligé de payer ne peut se retourner contre le responsable du décès accidentel de l'assuré. Sans doute les dispositions de ce texte ont voulu surtout régir les relations entre l'assureur et l'assuré ; on pourrait concevoir qu'elles fussent sans conséquence dans les rapports entre assuré et bénéficiaire : au fond, ce qui importe, nous pouvons le dire par analogie avec le cas des donations rémunératoires, ce n'est pas que l'indemnité compense exactement le préjudice causé par le décès, ou du moins ne lui soit pas supérieure, c'est que la volonté du souscripteur ait établi un lien entre les deux choses, préjudice et indemnité.

Ce lien ne serait suffisant pour exclure l'idée de donation que si l'on pouvait parler vraiment d'obligation naturelle d'assurer la vie des siens après son décès. Cette conception nous semble dépasser nettement le cadre de notre droit : les obligations de l'individu cessent à sa mort ; l'idée d'une obligation qui, par essence même, ne pourrait être exécutée qu'après

(1) *Sic* : RAY, thèse, Paris, 1912, 2^e partie, ch. II, 1^o ; comp. CHAMPEAUX, thèse citée, 3^e partie, pp. 209 sq.

(2) De Montluc et Lefort, cités par M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. IV, *Assurances de personnes*, n^o 2.

(3) Références citées par M. PICARD et BESSON, p. 4, note 2.

(4) PICARD et BESSON, n^o 2, p. 4.

le décès du débiteur est trop différente des notions courantes pour pouvoir être admise, même avec une sanction imparfaite.

Il semble d'ailleurs que, depuis la loi de 1930, les auteurs aient perdu de vue cette controverse, et n'aient plus recouru à ce qui n'était au fond qu'un moyen technique pour atteindre des buts auxquels le texte nouveau donnait satisfaction.

C'est qu'en effet, la théorie de l'assurance contrat onéreux, affirmée par nombre d'arrêts qui n'en donnaient pas de motifs juridiques, poursuivait un certain nombre d'objectifs, sur lesquels d'ailleurs l'accord était loin d'être réalisé. D'aucuns voulaient par là permettre la révocabilité de l'assurance sur la vie même après son acceptation par le bénéficiaire, contrairement à la règle impérative « donner et retenir ne vaut »¹, tandis qu'à l'inverse on a voulu en assurer l'irrévocabilité après acceptation, contrairement à l'article 1096 du Code civil, lorsqu'il s'agissait de donations entre époux². Mais surtout on voulait, en dehors de la question de forme facilement résolue par interprétation de l'article 1121, faire échapper l'assurance sur la vie aux règles du rapport et de la réduction en même temps que de l'action Paulienne. Or ce désir a trouvé satisfaction dans la loi nouvelle³ ; et les textes qui le consacrent ont précisément déplacé toute l'argumentation : ceux qui veulent nier le caractère libéral de l'assurance sur la vie s'appuient sur l'exclusion des règles, caractéristiques de la donation, du rapport et de la réduction⁴. Mais c'est là oublier que d'autres règles de la loi de 1930, telle la dispense de récompense, tendraient au contraire à prouver que l'acte a la nature gratuite, et que par conséquent l'argument pourrait être retourné. C'est oublier surtout qu'il faut se montrer extrêmement prudent pour déduire de règles particulières un principe général, et qu'au contraire, si le législateur a réglementé de manière spéciale, les effets du rapport et de la réduction, c'est pour des raisons propres à ces deux institutions, et en reconnaissant, par les exceptions mêmes qu'il y apportait, l'existence du principe général, conforme à la nature des choses, que l'assurance sur la vie au profit d'autrui, lorsqu'elle est consentie à titre gratuit, « doit être considérée comme une libéralité dans les rapports entre le stipulant et le bénéficiaire, car il n'est pas douteux que le premier agit et s'appauvrit dans une intention libérale et que le second reçoit sans contre-partie le bénéfice du contrat »⁵ ; « la loi doit être interprétée de la façon suivante : bien que l'assurance au profit d'un tiers à titre gratuit s'analyse en une libéralité, cette libéralité n'obéit pas aux règles des donations expressément indiquées par la loi ; elle doit en revanche obéir aux règles dont la loi ne l'a pas affranchie »⁶. La conséquence la plus importante à en tirer concerne sa soumission aux causes habituelles de révocation et de déchéance des libéralités.

IV. — Dès avant 1930 et par l'effort de nos tribunaux, l'assurance sur la vie avait été soumise à des règles de faveur : dispense de rapport et de réduction dans la mesure des primes normales. Ces faveurs se rattachent à une idée dont la jurisprudence a fourni diverses applications, sans

(1) Cf. : DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 387, n° 21, à propos d'un jugement du Trib. civ. Seine 31^{er} mai 1913, veuve Kegel c. la New-York, *D. P.*, 1913, 2, 361 et note DUPUICH.

(2) C. B.-L., note au S., 1945, 2, 24, sur Bordeaux, 12 nov. 1942, veuve Brousse c. Asselineau.

(3) Art. 67 sq., L. 1930.

(4) CAPITANT, *Rev. gén. des assurances terrestres*, 1930, p. 804 ; TRASBOT, *D. P.*, 1931, 4, 37, cités par PICARD et BESSON, t. IV, n° 59.

(5) PICARD et BESSON, *op. cit.*, n° 174, pp. 412-413.

(6) Mêmes auteurs, *op. cit.*, n° 59, p. 134. — Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3.

lien très apparent entre elles, mais dont le trait commun est de favoriser les arrangements entre parents¹ : même si nous laissons de côté le régime spécial des conventions matrimoniales, fort souvent nos tribunaux, placés en face de conventions entre proches parents et contenant un avantage au profit de l'un d'eux, les ont validées malgré l'absence de formes et les ont même soustraites à certaines règles de fond des libéralités. C'est ainsi que la Chambre civile déclare obligatoire le « pacte de famille » par lequel des frères renoncent à la succession du *de cuius* en faveur de la fille naturelle de celui-ci² ; l'idée d'arrangement de famille est de même utilisée pour faciliter la preuve d'une stipulation pour autrui, dont l'existence a été admise dans des conditions qui n'auraient peut-être pas paru suffisantes s'il se fût agi de rapports entre étrangers³, ou bien pour traiter comme un contrat mixte, à la fois gratuit et onéreux, et soumettre à l'article 1172 et non à l'article 900, la donation faite par un tuteur à son pupille à charge de ne pas critiquer les comptes d'une succession⁴ ; de même enfin, c'est sans doute ainsi que se peut justifier un arrêt qui n'a pas considéré comme une donation soumise au rapport la constitution d'un usufruit qui n'avait eu pour but que de rétablir l'égalité des revenus entre l'usufruitier et ses frère et sœur, lesquels avaient reçu une donation en capital dont ils percevaient les fruits⁵.

On a prétendu que ces « pactes de famille » échappaient à la classification des actes en gratuits et onéreux ; ce qui est vrai, c'est que le caractère gratuit ou onéreux n'apparaît pas au premier abord, à raison même de l'enchevêtrement des liens juridiques qui peuvent exister entre proches parents, et c'est sans doute en vertu de considérations analogues, et parce qu'elle s'est réalisée le plus souvent à l'intérieur de la famille, que l'assurance sur la vie a joui d'une telle faveur en jurisprudence. D'autres ont dit que ces opérations se rattachaient aux obligations naturelles⁶ : ce serait donner à ce dernier concept une extension bien considérable et faire un effort sans doute prématuré dans le sens d'une exacte coïncidence entre l'obligation et le devoir moral⁷.

Mais, si une technique précise ne peut rendre compte de ces hypothèses si diverses où la jurisprudence parle de pacte de famille, on peut y déceler l'idée, sous-jacente aux décisions de justice, que les donations, qui inspirent la méfiance lorsqu'elles se réalisent entre étrangers, doivent au contraire être favorisées dans de certaines limites à l'intérieur de la famille. Cela ne nous dispensera pas de rechercher les arguments

(1) Toutefois un récent arrêt de la Cour de Lyon (18 janv. 1945, *Gaz. Pal.*, 1945, 1, 193) donne de cette notion de pacte de famille une définition très restrictive qui ne paraît pas lui laisser grande portée.

(2) Req. 15 nov. 1858, Foubard c. Périer, *D. P.*, 1858, 1, 433, *S.*, 1859, 1, 9 ; voir également : Liège, 10 juin 1908, *Pasicr.*, 1908, 2, 331, cité par SERVAIS, *Rev. trim.*, 1910, p. 498.

(3) Req. 12 fév. 1935, Joseph Imbert c. époux Sié-Imbert, *S.*, 1935, 1, 132, *D. H.*, 1936, *Somm.*, p. 11.

(4) Req. 12 nov. 1867, Thomas c. Miquelard, *S.*, 1868, 1, 34 ; *D. P.*, 1869, 1, 528 ; Req. 21 déc. 1869, Théron c. Satgé, *S.*, 1870, 1, 130, *D. P.*, 1870, 1, 308, sur pourvoi contre : Pau, 3 mars 1869, *S.*, 1869, 2, 209, *D. P.*, 1869, 2, 203 et concl. LESPINASSE.

(5) Agen, 3 mars 1902, consorts de Peyrelongue c. dames de Gérando et de Tartas, *D. P.*, 1902, 2, 241, et commentaire anonyme à la *Rev. trim.*, 1902, pp. 622-623, n° 4.

(6) CHAMPEAUX, thèse citée, 3^e partie, pp. 225-227.

(7) Il nous semble résulter d'un ancien arrêt (Civ. r. 27 avril 1824, Tézenas c. Saint-Géniez, *S.*, 1825, 1, 102) que l'obligation contractée en vertu d'un pacte de famille, quoique dispensée de formes authentiques, n'en conserve pas moins le caractère gratuit.

juridiques de nature à justifier les formes simplifiées des donations indirectes ; mais, si les donations indirectes restent des donations, le fait qu'elles ont été réalisées dans des conditions particulièrement favorables quant au fond est sans doute pour beaucoup dans la facilité avec laquelle ont été admises les raisons juridiques avancées à l'appui de leur validité.

En résumé, si ces développements n'ont pas éliminé ni résolu le problème des donations indirectes, ils ont du moins, nous l'espérons, préparé un terrain favorable à sa solution positive.

§ 2. *L'existence d'une contre-partie actuelle ou future retire-t-elle à l'acte le caractère gratuit ?*

S'agissant d'une donation faite en récompense de services antérieurement rendus, il n'y a véritablement et à tous les points de vue acte onéreux que dans le cas où ces services avaient créé à la charge de leur bénéficiaire une véritable obligation juridique de les rémunérer et où cette rémunération a été proportionnée aux services. Mais il se peut que le donateur, au lieu de récompenser des services passés, désire s'assurer des services présents ou à venir : il stipule qu'ils lui seront fournis par le donataire : alors le lien entre les deux choses est évident, et il ne se pose plus qu'une seule question : la prestation stipulée par le prétendu donateur est-elle suffisante pour retirer à l'acte le caractère de donation ?

Et même, sous cette forme, le problème n'est pas posé de manière suffisamment générale : il impliquerait que l'acte dont on recherche la nature se présente comme une donation ; or la situation inverse peut se produire, et elle est même plus fréquente : l'acte se présente comme onéreux, mais il se trouve que les prestations des deux parties ne s'équivalent pas : il appartient ici encore aux tribunaux de rechercher sa nature véritable, pour lui restituer la qualification que les parties ont été impuissantes à modifier¹.

En pratique, trois questions principales peuvent se présenter :

une contre-partie partielle suffit-elle à faire de l'opération un acte à titre onéreux ?

une contre-partie aléatoire exclut-elle la gratuité ?

à quelle date doit s'apprécier l'existence de la contre-partie ?

I. — La première question peut se poser, soit que l'acte se présente comme une donation avec charge, soit qu'il s'agisse d'un avantage indirect inclus dans un acte apparemment onéreux.

La libéralité avec charge cesse d'être une libéralité lorsque la charge établie au profit du disposant est égale au montant même du don : « il y a alors contrat à titre onéreux déguisé sous la forme d'une donation »² : il en est du moins ainsi pour les donations entre vifs ; pour les legs, la question est plus discutée, et il semble que la nature de legs dépende plus de la forme employée et du caractère d'acte de dernière volonté que de l'existence d'un émolument réel³. Mais, même pour les donations entre vifs, ceci n'est indiqué qu'à titre incident et ne présente que peu d'intérêt

(1) Civ. c. 30 oct. 1945, Baige c. Soc. Agensina et Bertolotti, *D.*, 1946, J., 52.

(2) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3667, p. 1160, et la jurisprudence citée. Dans le même sens : LÉVY-ULLMANN, note au *S.*, 1905, 1, 137, citée par PAILHÉ, *op. cit.*, n° 73, p. 120.

(3) PAILHÉ, *passim*, not. n° 69. Cf. *supra*, ch. 1^{er}, in limine.

pour nous : il y a alors donation en forme, directe, et par conséquent ne se pose aucun problème de validité formelle de l'acte.

Le cas contraire est plus intéressant : un acte se présente comme onéreux, mais il se trouve que les prestations réciproques ne sont pas équivalentes : c'est par exemple une vente à vil prix¹ : le cas principal sur lequel ont eu à se prononcer les tribunaux est celui d'une vente consentie soit moyennant des prestations viagères annuelles inférieures au revenu du bien vendu, soit moyennant des prestations viagères supérieures au revenu mais destinées à s'éteindre rapidement à raison de l'âge avancé du créancier. Ne devrait-on pas décider en pareil cas qu'il n'y a pas donation ? Et, en effet, l'acte est sincère, il prévoit une prestation à fournir par chacune des parties ; que ces prestations ne soient pas équivalentes, il importe peu : l'article 1118 du Code civil ne permet pas d'annuler un contrat lésionnaire en dehors des cas formellement prévus par la loi ; et même dans le cas de vente immobilière, la jurisprudence décide, au moins en principe, que la lésion des sept douzièmes ne permet pas d'obtenir la rescision lorsque l'opération présentait un caractère aléatoire.

La question est en réalité moins simple : des décisions récentes² admettent la rescision même d'opérations comportant des éléments aléatoires. Par contre, une autre raison peut exclure la rescision : cette institution a en effet pour fondement une présomption de vice du consentement : « Le critérium légal de la lésion, écrit M. le doyen Louis-Lucas³, c'est exactement le déséquilibre originel entre deux obligations réciproques, lequel est pris en considération parce qu'il est tenu pour être le signe d'une imperfection de la volonté. » Si c'est volontairement que l'une des parties a consenti à l'autre un avantage, on ne peut plus dire que l'existence de ce déséquilibre révèle chez elle un vice de la volonté.

Ce n'est donc pas le seul déséquilibre matériel des prestations qui permettra de dire si une donation est ou non contenue dans un acte principalement onéreux, c'est l'intention que révèle ce déséquilibre : ici encore, c'est la recherche de l'intention des parties qui constituera le critérium principal du titre gratuit et du titre onéreux, comme un auteur allemand le proclamait il y a plus de quarante ans⁴. L'avantage peut être dû au fait que l'une des parties a moins bien défendu ses intérêts dans la lutte pré-contractuelle : alors l'opération reste onéreuse, sauf à être soumise à certaines causes de caducité, telles que la rescision pour lésion. Si au contraire le déséquilibre a été volontaire, il y a donation dans toute la mesure où il existe.

Un acte juridique n'est pas fait tout d'une pièce, il peut comporter des dispositions variées, de nature différente ; et, si les clauses diverses d'un même acte peuvent servir à l'interprétation les unes des autres, il n'est pas impossible que les unes soient gratuites et d'autres onéreuses : cette complexité d'un même acte juridique pourra seulement soulever des difficultés d'abord pour la preuve de la gratuité, et ensuite pour l'appli-

(1) On concevrait, à l'inverse, une vente à un prix excessif si, le plus souvent, des considérations fiscales n'empêchaient les parties d'y recourir, au moins ouvertement : il suffirait d'ailleurs de faire don manuel de l'excédent du prix. Il est à noter qu'en pareil cas le problème de l'objet de la donation, l'un des plus délicats de ceux qui se posent pour la vente à vil prix (cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3), n'existe pas.

(2) Req. 22 nov. 1937 et 11 juill. 1938, *D. P.*, 1939, 1, 81 et note SAVATIER ; comp. Civ. r. 27 déc. 1938, *eod. loc.* ; Req. 2 janv. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 1, 361.

(3) *Lésion et contrat*, n° 6, p. 24 ; comp. H. et L. MAZEAUD, *Rev. trim.*, 1945, pp. 266-267, n° 1.

(4) MULLER, *La donation mixte*, *Jherings Jahrbücher*, t. XLVIII, pp. 209-240 ; C. R., par M. BERNARD et A. ROUX, *Rev. trim.*, 1904, pp. 844-845, n° 61.

cation des règles qui, comme celles de forme, doivent régir l'ensemble de l'acte.

II. — Situation inverse, nous l'avons dit, de la donation ostensible stipulant une charge au profit du donateur : acte qualifié donation mais qui présente pour partie le caractère onéreux.

Des donations avec charges, on devrait rapprocher les donations mutuelles : dans la définition théorique, qui est en même temps la plus générale, ce sont des donations consenties entre les mêmes personnes, mais en sens inverse, et qui se servent réciproquement de contre-partie : les auteurs ont raison d'affirmer qu'en pareil cas, si du moins les prestations réciproques sont équivalentes, il y a en réalité échange, acte onéreux, malgré la qualification donnée par les parties¹. Mais après avoir ainsi exposé leur point de vue dans des termes qui ne paraissent pas contestables, les auteurs sont obligés d'y apporter des réserves pour ce que l'un d'eux² appelle un cas particulier, qui est en réalité le seul qui se présente pratiquement en jurisprudence, à tel point que dans la langue des tribunaux il est le seul que l'on fasse rentrer sous le terme de donations mutuelles : il s'agit des donations mutuelles présentant un caractère aléatoire : pratiquement, deux personnes se font mutuellement don de certains biens, ou même de la totalité ou d'une quotité de leur patrimoine, mais sous condition de survie, de sorte que finalement une seule des libéralités recevra effet : si on considère le résultat final, il y a bien libéralité ; mais, si l'on se place au moment du contrat, la donation qui s'est réalisée n'était pas certaine et trouvait sa contre-partie dans la chance que ce soit la donation réciproque qui se réalise : cette contre-partie aléatoire suffit-elle à conférer à l'opération le caractère onéreux ?

L'aléa qui existe ici est différent de celui dont nous venons de parler à propos de la vente moyennant rente viagère : dans cette opération, le vendeur recevait toujours quelque chose, la seule question était de savoir quel serait le montant de ce qu'il recevrait : l'aléa ne portait que sur le montant de la prestation ; ici il porte sur son existence même. On conçoit que cette différence soit intéressante, non seulement pour dire quel sera le montant de la donation quand l'existence de celle-ci sera admise, mais encore pour indiquer à l'interprète de quel libéralisme il devra faire preuve dans l'admission de la gratuité.

La question présente son intérêt maximum lorsque la donation n'a pas été réalisée par acte notarié : alors, de la controverse, peut sembler dépendre la validité ou la nullité de l'opération. Mais, même si l'acte a été authentifié, il reste encore à savoir si on lui appliquera ou non les règles de fond, fiscales ou civiles, des donations.

La jurisprudence a été saisie d'abord du cas suivant : deux individus vendent un bien dont ils sont copropriétaires moyennant une rente viagère payable par moitié à chacun d'eux, et il est stipulé qu'au prédécès de l'un d'eux la rente continuera à être servie pour le tout, ou pour une portion supérieure à la moitié, au survivant. Il est bien certain qu'en pareil cas la rente stipulée par chacun des contractants jusqu'à la date du premier décès lui est acquise à titre onéreux ; mais en est-il de même de la réversibilité de la rente sur la tête du survivant ? si cette réversibilité n'avait pas été prévue, chacun des deux vendeurs aurait pu obtenir une rente plus élevée ; de sorte que le prédécédé subit un appauvrissement

(1) CHAMPEAUX, thèse citée, pp. 95-111 ; LÉPINGLE, thèse, Rennes, 1938, 1^{re} partie, ch. 2 ; G. RIPERT, *Cours de droit*, p. 281.

(2) CHAMPEAUX, *loc. cit.*

égal à la différence entre cette rente plus élevée et celle qui a été effectivement stipulée, tandis que le survivant bénéficie d'un enrichissement égal à une partie de la rente qui lui est versée après décès. Le fisc prétendit que cet appauvrissement et cet enrichissement corrélatifs réalisaient une véritable donation au profit du survivant, égale au prix de la réversibilité de la rente à son profit, et que, dans cette mesure, il devait payer les droits de mutation lors du décès de son co-stipulant. Ce point de vue fut rejeté par la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 janvier 1870 qui paraît avoir mis fin aux hésitations de la jurisprudence¹ : le survivant tient son droit de sa propre stipulation, et non d'une libéralité qui lui serait faite par l'autre ; c'est donc bien qu'il a fourni une contre-partie, qui consistait dans la chance de gain que le même acte conférerait à son partenaire. Un arrêt postérieur de la Cour de Poitiers² consacre, au point de vue civil, la même conception : il en tire la conséquence que le meurtre d'un des crédientiers par son partenaire ne soumet pas ce dernier à la révocation pour cause d'ingratitude, car il ne s'agit pas d'une donation, mais il pourra donner lieu à l'application de l'article 1178 du Code civil, largement entendu, texte de la matière des obligations : de même que le débiteur qui a empêché l'accomplissement de la condition reste tenu de l'obligation contractée sous condition suspensive, de même le créancier ne peut se prévaloir de la réalisation d'une condition suspensive qui ne s'est produite que par son fait.

C'est le même point de vue que l'on retrouve, dans une jurisprudence plus récente et assez célèbre sur les clauses dites d'accroissement ou de réversion³ : mais il va conduire la Cour de cassation, à tort peut-être, à des solutions qui, cette fois, ne faciliteront pas le jeu de la libre volonté des parties. Deux ou plusieurs personnes achètent un bien en commun, et elles stipulent que, lors du décès de chacune d'elles, sa part ira aux survivants, de sorte que finalement c'est le dernier mourant qui, quoique n'ayant pas déboursé plus que ses compagnons, se trouvera être propriétaire du tout. La clause peut d'ailleurs recevoir diverses formes techniques : soit qu'on la conçoive comme organisant un transfert successif de droits de propriété purs et simples, soit qu'on la construise comme prévoyant un transfert mutuel de droits de propriété conditionnels. Que l'une ou l'autre interprétation prévale, cela présente un certain intérêt pour dire si la clause heurte ou non la prohibition des pactes sur succession future ; mais ces considérations d'ordre technique sont sans influence sur la nature gratuite ou onéreuse de l'acte, laquelle ne dépend que de l'effet réel et voulu de l'opération. C'est précisément à propos de l'application de l'article 1130 que cette question s'est posée. Dans son arrêt du 24 janvier 1928, la Cour de cassation a affirmé qu'une telle opération était onéreuse, puisque « chacun des contractants n'a consenti à abandonner à ses coacquéreurs un avantage conditionnel déterminé qu'en échange de l'avantage identique que ceux-ci lui accordaient »⁴ ; elle en déduit, à raison de la forme de la clause,

(1) Civ. r. 26 janv. 1870, Enregistrement c. Siruguet ou Margelin, *D. P.*, 1870, 1, 160 ; *S.*, 1870, 1, 84, sur pourvoi contre : Trib. civ. Besançon, 26 juill. 1867, reproduit au *Sirey* sous l'arrêt de la Chambre civile, et au *D. P.*, 1869, 3, 47. — *Sic* : Trib. Angers, 6 avril 1867, de Meffray c. Enregistrement, *S.*, 1868, 2, 321, 2^e esp. — *Contra* : Trib. Boulogne, 30 août 1867, Piquendaire c. Enregistrement, *S.*, 1868, 2, 321, 1^{re} espèce.

(2) 1^{er} fév. 1881, Besson c. Mureau, *D. P.*, 1881, 2, 179, *S.*, 1882, 2, 27.

(3) Cf. Paul-J. DURAND, *De l'acquisition d'un immeuble en commun avec clause d'accroissement au profit du survivant*, *Rev. crit.*, 1934, pp. 316-349.

(4) Req. 24 janv. 1928, dame Patient-Marty c. dame Cavalier-Marty, *S.*, 1929, 1, 137 et note VIALLETON, *D. P.*, 1928, 1, 157 et rapport CELICE ; commentaires SAVATIER, *Rev. trim.*, 1928, pp. 465-466, et TRASBOT, *Rev. crit.*, 1929, pp. 459-461 ; dans le même sens, M. NAST, note *D. P.*, 1930, 2, 81.

que chacun a disposé de droits lui appartenant pour le temps où il ne serait plus, et elle annule l'opération comme pacte sur succession future. Nous pouvons faire abstraction de cette conséquence, qui n'est peut-être pas indiscutable¹, pour nous borner à constater qu'ici encore la jurisprudence donne la même solution : l'avantage aléatoire peut servir de contre-partie suffisante à un transfert de valeurs pour lui enlever le caractère gratuit.

Il est d'autres cas, par contre, où des donations mutuelles ont été considérées comme de véritables donations.

C'est ainsi que l'on avait prétendu, avant la loi de 1930, et afin de la faire échapper à la disposition de l'article 1097 qui interdit de réaliser les donations mutuelles entre époux par un seul et même acte, que l'assurance sur la vie réciproque entre époux constitue, elle aussi, un acte onéreux, en vertu de la jurisprudence que nous venons d'étudier². Même à cette époque, l'on pouvait échapper par d'autres voies à la règle draconienne de l'article 1097, qu'exclut aujourd'hui l'article 73 de la loi de 1930³ ; en tout cas, il ne semble pas que ce point de vue aurait eu quelque chance de triompher devant la Cour de cassation, et les cours d'appel elles-mêmes étaient loin d'être unanimes. Dans un arrêt du 28 mars 1877, la Chambre civile décide que l'opération constitue une libéralité unique au profit du survivant, le décès du prémourant ayant eu pour effet de résoudre rétroactivement son droit⁴. La Cour d'Amiens décide de même que l'attribution d'une assurance sur la vie faite par un mari à sa femme constitue dans l'espèce une libéralité⁵ et elle en déduit que cette attribution est révocable.

Enfin, en dehors du domaine de l'assurance sur la vie, on peut citer un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation qui proclame que les dons mutuels faits pour le cas de survie sont de véritables donations, notamment au point de vue de l'action Paulienne, et cela quoiqu'ils soient contenus dans un contrat de mariage⁶.

Comment expliquer ces différences de solutions entre des cas pourtant si voisins ?

On ne saurait y voir une manifestation de la tendance très marquée de la jurisprudence d'avant 1930 à considérer l'assurance sur la vie comme un contrat onéreux, à la soustraire aux règles habituelles des libéralités :

(1) M. VIALLETON, note précitée, p. 138, col. 1, fait remarquer que même si on analysait l'opération comme une donation, elle serait nulle comme institution contractuelle faite en dehors du contrat de mariage. On pourrait répondre, et cela fut sans doute le point de vue des auteurs de l'arrêt, que la donation était valable si le décès n'était envisagé que comme une condition ou plutôt comme l'un des éléments de la condition de survie, et si un droit actuel et irrévocable était dès à présent conféré au survivant. Mais la solution ne devait-elle pas être la même si le caractère onéreux de l'acte était admis ?

(2) *Sic* : arrêts de cours d'appel cités par PICARD et BESSON, p. 204, note 1.

(3) Cf. PICARD et BESSON, n° 84, b et les références.

(4) Civ. r. 28 mars 1877, syndic Théodat c. veuve Théodat, *D. P.*, 1877, 1, 241, *S.*, 1877, 1, 393.

(5) Amiens, 4 août 1898, héritiers Devouge c. veuve Devouge, *S.*, 1901, 2, 11, *D. P.*, 1902, 2, 24.

(6) Req. 2 janv. 1843, Duchesne c. créanciers Gros, *S.*, 1843, 1, 114 et rapport TROPLONG. Notons toutefois que, dans l'espèce, les circonstances ont pu influencer sur la solution : cette donation mutuelle avait été faite à l'occasion d'un second mariage alors qu'il y avait des enfants d'un premier lit : non seulement cette circonstance crée une présomption générale de gratuité, ainsi que nous le verrons plus loin, mais encore en l'espèce la Cour de cassation relevait après la cour d'appel « que le donateur savait bien que la donation de gain de survie qu'il faisait à sa femme, ne pourrait recevoir aucune exécution qu'au détriment de ses créanciers, lesquels, par l'événement, n'ont trouvé dans sa succession qu'un passif énorme. »

en effet, des actes autres que l'assurance sur la vie sont considérés comme onéreux, tandis qu'à l'inverse des attributions de polices sont qualifiées de donations.

Faudrait-il alors s'attacher à la personnalité du bénéficiaire ? Il est en effet remarquable que, presque toutes les fois que la jurisprudence a proclamé la gratuité de l'opération, elle bénéficiait à un époux. Certes, à première vue, on ne voit pas très bien pourquoi une opération normalement onéreuse deviendrait une donation par le fait que les parties sont unies par les liens du mariage. Mais, à la réflexion, si la qualité d'époux ne suffit pas à conférer le caractère gratuit, elle sera du moins l'un des éléments essentiels d'où se déduira l'existence de ce caractère. Lorsque, en effet, une opération du genre de celles que nous avons analysées se déroule entre personnes étrangères, on peut supposer que chacune n'a contracté qu'après avoir mesuré les risques et les chances et les avoir, à tort ou à raison, jugés équivalents : chacun a songé à soi. Entre époux, au contraire, on a songé à l'autre autant ou plus qu'à soi : ce qu'on a voulu, c'est lui assurer des ressources après le prédécès, et chacun n'a pas mesuré, lorsqu'on stipulait à ce sujet, si les chances de prédécès étaient ou non prépondérantes. C'est donc, en réalité, l'intention des parties qu'il faudra examiner dans chaque espèce pour dire s'il y a ou non donation¹ ; et, si les arrêts ont eu surtout l'occasion de proclamer la gratuité des donations mutuelles *entre époux*, cela tient à ce que, à l'intérieur de la famille, c'est surtout entre époux que ce procédé permet d'obtenir les résultats désirés.

Ainsi apparaît une fois de plus le rôle de l'intention libérale, nécessaire pour dire la signification d'une contre-prestation douteuse, pour compléter une contre-prestation peut-être insuffisante puisqu'elle ne correspond à aucun transfert matériel. Son rôle ne sera pas moins grand, lorsque la contre-partie existera, pour dire si malgré tout elle ne doit pas être considérée comme n'équivalant pas au bien donné et, par conséquent, comme laissant à l'acte le caractère gratuit.

III. — Les cas que nous envisageons ici sont ceux où une partie abandonne un bien en nature en échange d'une somme d'argent qui à l'époque de l'acte lui est équivalente : cela ne suffit pas pour que se pose la question de gratuité sans quoi aucune vente ne serait protégée contre les dangers que le titre gratuit fait peser sur les actes auxquels il s'attache. Ce qu'il y a de particulier dans l'hypothèse que nous supposons, c'est que, à raison des liens d'affection qui unissent les parties, il semble que cet « échange » ait été consenti dans l'intérêt de celui en faveur de qui est prévue l'attribution en nature.

Ce sera, dans un contrat de mariage, la clause dite commerciale ou agricole, permettant à l'époux de reprendre le fonds de commerce ou l'entreprise agricole exploité par le défunt, soit à sa valeur réelle lors de la réponse estimée par experts, soit à un prix forfaitaire. Ce sera, dans un acte de société, la clause prévoyant le rachat par le survivant de la part du prédécédé suivant des modalités définies.

Ou bien une donation est faite moyennant des charges qui absorbent entièrement, ou à peu près, l'émolument du donataire.

Ou enfin un héritier réservataire renonce, en faveur d'une personne avantagée par le défunt, sa veuve par exemple, à exiger la réduction en nature, et se contente d'une somme d'argent équivalente.

Dans tous ces cas, il y a, au premier abord, discordance entre l'élé-

¹ (1) Amiens, 4 août 1898, précité.

ment matériel, qui paraît bien être celui d'un acte onéreux, et l'élément intentionnel, qui paraît bien correspondre à une donation.

S'agissant notamment de la clause commerciale, certains auteurs ont prétendu accorder ces deux éléments dans le sens de la gratuité, en vue d'ailleurs de faire échapper l'acte à la nullité dont sont entachés les pactes sur succession future, en y voyant une donation de biens à venir, valable entre futurs époux ou entre époux. Telle est notamment la thèse de M. Esmein¹ : pour cet auteur, si l'exercice du prélèvement se fait moyennant une contre-partie équivalente et par conséquent à titre onéreux, la faculté de prélèvement, elle, est consentie sans contre-partie ; et son auteur agit par affection, dans une intention libérale.

À ce point du raisonnement, on est tenté de répondre : sans doute, il y a avantage résultant de la clause de prélèvement, mais c'est un avantage de convenance, ce n'est pas un véritable enrichissement. M. Esmein a prévu l'objection, et il la rejette en faisant valoir qu'il suffit, pour qu'un avantage ait un caractère patrimonial, qu'il y ait des gens qui paient licitement un avantage analogue : « il y a appauvrissement dès que la concession de l'avantage conféré est susceptible de trouver preneur à prix d'argent »². Mais ceci se heurte aux considérations que nous avons développées plus haut³ : la jurisprudence exige, pour qu'il y ait donation, que le transfert gratuit de valeurs porte sur un droit réel ; dans le cas étudié par M. Esmein, il pourra bien y avoir acte de bienfaisance, mais non pas donation.

Pour maintenir malgré tout ce caractère de donation, on a cherché à découvrir des éléments qui, bien que compris dans le prélèvement, ne seraient pas remboursés par l'époux attributaire : par exemple les éléments incorporels d'une exploitation agricole⁴. Si ces éléments avaient eu réellement une existence distincte, on aurait pu certes analyser l'acte comme une véritable donation avec charges ; mais l'arrêt de Rouen paraît surtout avoir été guidé par le souci de tourner la règle que devait consacrer la Cour de cassation en 1933 : la solution qu'il a donnée ne nous paraît pas justifiée.

L'ensemble des arrêts se prononce en sens contraire, implicitement mais nettement, en annulant la clause commerciale lorsqu'elle porte sur des biens propres, sans chercher à écarter cette nullité en découvrant dans l'acte des éléments gratuits qui permettraient de l'analyser comme une institution contractuelle et donc de le valider.

Et en dehors même de cette question de validité ou de nullité, ils lui refusent le caractère de donation⁵, même en présence d'enfants d'un premier lit⁶.

Il en est de même de la vente d'un bien à la communauté : lorsqu'elle est faite au juste prix, ce n'est pas une donation, même si par la suite l'objet vendu a bénéficié d'une plus-value tandis que la créance du prix restait invariable⁷. C'est en effet au moment de l'acte qu'il faut se placer

(1) *Sur la clause donnant à un conjoint la faculté de prélever à titre onéreux le fonds de commerce propre à son conjoint prédécédé*, D. H., 1933, Chr., pp. 57-63.

(2) Chron. citée, II, p. 60.

(3) *Supra*, sect. I, § 1^{er}, II.

(4) Rouen, 28 oct. 1930, Maillard c. Dubosc, D. P., 1931, 2, 76, infirmant : Trib. civ. Seine-Inférieure, 19 juin 1929, époux Dubosc c. Arthur Maillard et Houdeville, D. H., 1929, 567.

(5) Civ. c. 16 déc. 1925, dame veuve Georges c. Bondu, D. P., 1927, 1, 5, et note H. CAPITANT.

(6) CAPITANT, note précitée.

(7) Civ. 28 nov. 1938, consorts Maguer c. consorts Maguer, D. H., 1939, 17 ; S.,

pour apprécier les avantages qu'il procure, car c'est à ce moment que les parties ont agi et que leur volonté doit être recherchée. Les plus-values postérieures sont trop aléatoires pour qu'il en soit tenu compte, ou, lorsqu'elles sont, hélas ! prévisibles, comme dans les périodes de dépréciation monétaire chronique, des principes d'ordre public empêchent le juriste d'en tenir compte.

Pour la même raison, la renonciation du réservataire à la réduction *en nature*¹ constituerait un acte onéreux.

De même, malgré les critiques de la doctrine², la jurisprudence admet assez largement³ que, en matière de régime matrimonial, se créent des « propres par accroissement » qui risquent, en période troublée et malgré le jeu des récompenses, de rompre l'équilibre réel entre les patrimoines des époux.

Nous pouvons donc conclure que c'est à la date où est réalisé l'acte qu'il faut apprécier s'il existe ou non un déséquilibre entre les prestations qui fasse de lui une donation ; si toutefois, dès cette époque, les parties avaient prévu une plus-value ou une moins-value de l'une des prestations, et n'avaient fait l'opération qu'en vue de transférer à l'une d'elles le bénéfice ou la perte en résultant, on pourrait alors dire qu'il y a donation. C'est ici encore la volonté des parties qui intervient pour préciser l'élément matériel⁴.

SECTION III

LE LIEN ENTRE L'ENRICHISSEMENT DU DONATAIRE ET L'APPAUVRISSMENT DU DONATEUR

Il est donc nécessaire pour qu'il y ait donation, et notamment donation indirecte, que l'on constate un enrichissement sans contre-partie du donataire et un appauvrissement sans contre-partie du donateur ; nous avons souvent parlé, au cours de nos développements antérieurs, de *transfert* de valeurs sans contre-partie ; c'était à vrai dire une anticipation, qui laissait entendre qu'il devait exister un lien de causalité étroit entre l'appauvrissement et l'enrichissement, et même, bien plus, que c'est de l'objet même dont le donateur s'était appauvri que devait s'enrichir le donataire. La question mérite une étude plus approfondie.

Qu'il doive exister un lien entre l'appauvrissement et l'enrichissement, c'est l'évidence même ; cela est impliqué par la notion de donation. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé implicitement en disant qu'il fallait une « aliénation »⁵, terme qu'ici il ne faut peut-être pas prendre au sens strict. Si l'on a soumis à des règles spéciales les donations, c'est précisément parce qu'elles mettent en rapport deux personnes dont l'une s'est enrichie au détriment de l'autre.

1939, 1, 55 ; *J. C. P.*, 1939, 2, 1025, note R. D. ; Caen, 12 nov. 1940, dame Thouroude c. veuve Thouroude, *D. A.*, 1941, J., 30 ; — Trib. civ. Beauvais, 18 mars 1937, Carpentier c. consorts Bertaux, *Gaz. du Palais*, 1937, 2, 179, et comm. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1937, pp. 658-660.

(1) Cette renonciation est parfaitement possible : le droit en valeur et le droit en nature sont divisibles : Cf. Civ. c. 21 mars 1934, veuve Gélis c. veuve Bonnaud, *S.*, 1936, 1, 201, et note VIALLETON ; F.-C. JEANTET, thèse, Paris, 1939, n° 222.

(2) C. BÉQUIGNON-LAGARDE, *Rev. trim.*, 1940-41, pp. 261-262, n° 8.

(3) Poitiers, 4 juin 1940, dame David c. David, *D. H.*, 1940, 155.

(4) Tout ceci laisse entière la question de savoir, lorsqu'il y aura donation, quels seront son objet et son montant : cf. *infra*, 3^e partie.

(5) Civ. 5 avril 1938, Fauchon, précité.

Ce lien de causalité, il est de même exigé pour l'exercice de l'action *de in rem verso* : « il faut un lien de causalité direct, c'est-à-dire que la chaîne des causes et des effets ne doit pas être trop longue entre l'appauvrissement et l'enrichissement »¹. Mais si le moyen le plus sûr et le plus ordinaire d'établir ce lien de causalité sera l'existence d'une transmission de valeur, celle-ci n'est nullement nécessaire : c'est ainsi, dit encore Demogue², que le paiement de la dette d'autrui ou le fait d'éviter une perte à autrui constituent des cas d'enrichissement sans cause : cette observation vient confirmer, par analogie, les remarques faites précédemment sur l'objet de la donation³.

La difficulté est seulement de dire ce qu'il faut entendre par lien causal étroit : difficulté telle qu'en matière d'enrichissement sans cause certains auteurs avait cru qu'on ne pouvait la résoudre que par le recours à un critère intentionnel : notamment lorsque l'enrichissement ne passait de l'appauvri à l'enrichi que par l'intermédiaire d'un tiers, il aurait fallu, pour réussir dans l'action *de in rem verso*, établir l'intention du premier d'enrichir le second⁴. Un tel critère ne peut être retenu : lié à la vieille théorie de la gestion d'affaires anormale, il n'aurait pour effet que de créer de regrettables confusions entre le domaine de l'enrichissement sans cause et celui de la donation. La donation n'est pas seulement un fait juridique, elle est un acte juridique, souvent un contrat : c'est l'intention de l'auteur de l'acte qui, ici encore, indiquera si le lien causal est suffisant de même que, dans la théorie classique de la responsabilité civile, c'est la faute, élément volontaire, qui sert de lien causal entre le fait et le préjudice. C'est cette recherche d'intention qui permet de découvrir un lien causal là où M. Ripert⁵ déclare qu'il est douteux ou même inexistant, comme dans la stipulation pour autrui, sous prétexte que le droit passe par un tiers patrimoine, ou dans la renonciation qui n'a pour effet que de déclencher un mécanisme légal qui attribuera le droit.

C'est à propos des renonciations, en effet, qu'ont été soulevées les discussions les plus passionnées concernant cette question de causalité. On s'est demandé si la renonciation *in favorem* constituait une véritable donation⁶.

Ceux qui le nient raisonnent ainsi : « la donation est une aliénation, elle implique le passage d'une valeur d'un patrimoine dans un autre, et il est toujours nécessaire que l'appauvrissement de l'un soit la cause de l'enrichissement de l'autre. La renonciation ne peut pas jouer le rôle de donation à raison de son caractère purement abdicatif. L'enrichissement possible d'un bénéficiaire n'a pas sa cause dans l'appauvrissement du renonçant, mais dans la volonté de la loi ; les deux actes sont absolument indépendants »⁷. Soutenir le contraire, ce serait, ajoute l'auteur à la suite

(1) DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, n° 156, p. 249.

(2) *Op. cit.*, n° 159, p. 256.

(3) Cf. *supra*, section I.

(4) RIPERT et TEISSEIRE, *Rev. trim.*, 1904, p. 773, cité par DEMOGUE, *op. cit.*, n° 160, p. 258.

(5) *Cours de doctorat*, pp. 282 sq.

(6) Cette question est distincte de celle de savoir si la donation réalisée par voie de renonciation est valable même en l'absence de formes authentiques : question de validité, qui ne se pose qu'une fois qu'il est prouvé qu'il s'agit d'une véritable donation, ce qui est l'objet de notre propos.

(7) P. RAYNAUD, *La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil*, *Rev. trim.*, 1936, pp. 763-809, n° 27. M. Pierre RAYNAUD paraît d'ailleurs avoir abandonné cette thèse dans une note plus récente (*J. C. P.*, 1941, II, 1684) où il parle de « cette forme particulière de donation indirecte entre époux qu'est une renonciation » ; il est vrai que, ce disant, il expose une thèse de M. Savatier.

de M. Ripert, enlever à la notion de donation tout élément économique et la réduire à une pure intention. Son opinion est d'ailleurs partagée par M. Champeaux¹.

Une autre thèse est présentée par MM. Silvio Lessona² et Ch. Ducoin³ sous la forme d'un dilemme : ou bien le renonçant a vraiment eu l'intention d'abdiquer son droit, sans prendre aucunement en considération la dévolution légale qui doit suivre sa renonciation, et alors on peut véritablement parler de renonciation ; ou au contraire la prétendue renonciation n'a eu lieu qu'en vue d'avantager la personne désignée par la loi pour recueillir le droit abdicqué, et alors l'acte n'a plus de renonciation que le nom, il est en réalité une donation.

Quoique paraissant, comme la précédente, déclarer incompatibles les notions de renonciation et de donation, cette seconde doctrine est en réalité beaucoup plus proche de celle que nous allons exposer et qui reconnaît au contraire qu'une renonciation peut parfaitement avoir le caractère de donation. M. Lessona admet en effet que l'acte fait sous forme de renonciation et destiné à avantager un tiers est une donation, il admet que dans ce cas le lien de causalité entre enrichissement et appauvrissement est suffisant ; ce qu'il conteste seulement, c'est que l'acte soit une renonciation, qu'il en puisse valablement emprunter la forme : question de validité qui est hors de cause pour l'instant.

L'opinion la plus générale est en effet que lorsqu'une renonciation est faite en vue d'avantager un tiers, c'est une véritable libéralité, assujettie aux règles de fond des libéralités⁴. La Cour de cassation pose le principe dès 1858 et elle soumet au rapport la renonciation d'une mère à la succession de sa fille, renonciation qui n'a pas eu d'autre objet, dit-elle après les juges du fond, que de faire passer aux autres enfants les biens qu'elle aurait dû recueillir dans la succession, et qui présentait donc les caractères d'une véritable libéralité⁵. Et c'est peut-être dans un arrêt de la Cour de Limoges, maintenu sur pourvoi par la Cour de cassation, que se trouve la réfutation la plus nette de l'argumentation de M. Pierre Raynaud : si l'accroissement se fait en vertu de la loi et non par l'effet de la renonciation, « cette fiction de la loi ne saurait détruire la vérité du fait ; c'est bien la renonciation qui provoque l'accroissement ; il n'aurait pas lieu sans elle ; elle est le fait générateur de la libéralité, du transfert du

(1) Thèse citée, p. 238.

(2) *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, Rev. trim., 1912, pp. 361-387.

(3) Thèse, Lyon, 1913, p. 175.

(4) Telle est au fond l'opinion de MARCADÉ (t. III, art. 931, n° 627) qui dit qu'en pareil cas la renonciation est une libéralité, non une donation : jeu de mots pour signifier qu'elle est soustraite à l'art. 931.

On pourrait, à vrai dire, tenter de soutenir que la renonciation est dans tous les cas translatrice : en effet, les héritiers renonçants sont comptés pour le calcul de la réserve (Req. 10 juin 1902, de Foucauld c. du Cheyron du Pavillon, S., 1904, 1, 121 et note NAQUET ; D. P., 1904, 1, 425 ; Civ. r. 23 juin 1926, Assistance publique de Paris c. Bernheim et autres, S., 1926, 1, 285), ce qui pourrait laisser croire que leurs parts ne sont pas vacantes et que leurs cohéritiers sont leurs ayants cause. Mais la jurisprudence, d'ailleurs très discutée, de la Cour de cassation qui en décide ainsi se fonde sur de tout autres motifs, et ce serait vraiment faire de la technique un but en soi que de raisonner de cette manière.

(5) Civ. r. 8 mars 1858, Lecouturier de Saint-James c. veuve de Saint-Aignan et consorts, D. P., 1858, 1, 97, S., 1858, 1, 545. — Sic : Civ. c. 15 mai 1866, consorts Darnis c. Darnis, D. P., 1866, 1, 249 ; Civ. r. 27 oct. 1887, Lauly c. époux Tailhardat, D. P. 1887, 1, 129, et note FLURER ; Amiens, 24 janvier 1856, de Marguerit c. de Suze, S. 1856, 2, 520, D. P., 1857, 2, 24.

droit acquis du renonçant dans le patrimoine de celui auquel il accroît, et dépouille le premier pour enrichir le second par une donation déguisée »¹.

Sous réserve de cette dernière épithète, on ne pouvait mieux raisonner que la Cour de Limoges, dont les arguments éveillent l'analogie, à laquelle tantôt nous faisons allusion, avec la question de la causalité en matière de responsabilité : tant que la responsabilité civile a reposé sur la faute, a supposé un fait reprochable à l'homme, on a pu ne pas attacher beaucoup d'importance à la question de causalité, permettre une responsabilité même si le lien causal était objectivement assez lâche, car cet élément quasi volontaire qu'était la faute suffisait à montrer le rapport entre les deux choses. Cette théorie de l'équivalence des conditions, qui tend à s'effacer dans le domaine de la responsabilité, doit survivre en matière d'actes juridiques, ici notamment : même si le caractère abdicatif ne laisse pas apparaître nettement le lien juridique entre l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre, ce lien résulte suffisamment de l'intention des parties.

Par là apparaît la différence entre le droit français, droit spiritualisé, qui définit la donation par des éléments matériels sans doute mais aussi par une intention, et les législations germaniques, qui ne voient que le fait brutal du déplacement de valeurs : selon le paragraphe 517 du Code civil allemand de 1896-1900, « il n'y a pas donation lorsqu'une personne, au bénéfice d'une autre, omet un enrichissement, renonce à un droit dévolu mais non encore définitivement acquis, ou répudie une hérédité ou un legs »².

Et la renonciation présentera ce caractère de donation toutes les fois qu'elle procurera à un tiers un avantage matériel au sens où nous avons entendu ce terme : renonciation à usufruit, à communauté, à succession, à legs ; renonciation à l'action en réduction³ : si, pour cette dernière, l'Administration fiscale a adopté une pratique bienveillante qui l'exempte de droit proportionnel, cela ne contredit nullement l'idée⁴ qu'il s'agit d'une libéralité : le droit fiscal frappe la mutation de propriété réalisée, tandis que le droit civil reconnaît le caractère de donation même si cette mutation a été simplement virtuelle.

SECTION IV

L'INTENTION LIBÉRALE

Ainsi, pour qu'il y ait donation, il faudra qu'il y ait un appauvrissement et un enrichissement, réalisés sans contre-partie, et en liaison l'un avec l'autre. Mais ces éléments matériels ne suffisent pas, et l'on exige traditionnellement que s'y ajoute l'*animus donandi*, l'intention libérale.

Cette exigence n'est guère discutée : les rares auteurs qui englobent dans le titre gratuit tous les avantages bénéficiant à quelqu'un sans contre-

(1) Limoges, 19 fév. 1884, époux Tailhardat c. Lauly, *D. P.*, 1884, 2, 209, et note signée E. DR., arrêt maintenu sur pourvoi par Civ. 27 oct. 1887, cité à la note précédente.

(2) *Code civil allemand* traduit et annoté par BUFNOIR, CAZELLES, CHALLAMEL, DRIOUX, GÉNY, HAMEL, LÉVY-ULLMANN et SALEILLES, t. II, Paris, 1906.

(3) F. C. JEANTET, thèse citée, n° 222 ; L. MAGUET, *Libéralités excédant la quotité disponible. Renonciation par les réservataires à l'action en réduction, ses effets et ses dangers*, *J. C. P.*, 1944, éd. N, I, 388.

(4) Rappelée par M. JEANTET, *loc. cit.* : le caractère abdicatif de la renonciation « ne la soustraira pas, éventuellement, à l'action en réduction des réservataires du renonçant ».

partie quelle qu'en soit l'origine, même s'ils sont dus à un cas fortuit, reconnaissent que la donation proprement dite, qui n'est qu'un canton dans l'immensité du titre gratuit, suppose tout au moins une volonté à sa base¹.

La donation est en effet un acte juridique et ce caractère lui est commun avec tous les actes juridiques. Mais il a revêtu ici une importance toute particulière : le consentement à l'acte a reçu le nom spécial d'intention libérale, et celle-ci a été considérée par les auteurs classiques depuis Domat comme étant la cause même de la donation. Traduction maladroite peut-être d'une idée que devait mettre en lumière M. le doyen Louis-Lucas² : dans les différents actes juridiques, la volonté et la cause varient en raison inverse l'une de l'autre, et, tandis qu'à l'une des extrémités de la classification on trouve « l'enrichissement indu, où l'enrichissement est tout », à l'autre se place « le contrat à titre gratuit, où n'émerge plus que le pur vouloir ». L'intention libérale sert donc à compléter un élément matériel insuffisant. Mais ce n'est pas là son seul rôle, et nous avons déjà vu combien elle permet d'interpréter les autres éléments de la donation.

L'intention libérale peut être tout d'abord définie comme la conscience de l'existence de l'élément matériel de la libéralité. En ce sens, c'est souvent son existence qui permettra de dire si l'effet produit a été purement fortuit ou si au contraire il y a eu vraiment donation : c'est dire que son rôle sera particulièrement important en matière de donation indirecte, donation réalisée par des procédés juridiques qui ne révèlent pas leur gratuité. C'est à l'élément psychologique « qu'on a recours toutes les fois qu'il s'agit de savoir si les profits qu'une partie a retirés d'un contrat, en apparence onéreux, constituent des libéralités déguisées³ ou simplement les bénéfices normaux qu'on est toujours en droit d'en attendre. C'est également la considération de l'intention libérale qui permettra de distinguer l'acte lésionnaire de la donation accessoire à un contrat onéreux ou de déterminer le véritable caractère d'un acte ambigu, une renonciation à un droit, l'attribution du capital d'une assurance sur la vie »⁴. C'est elle qui dira si l'objet de l'acte est, directement ou indirectement, un droit réel, ce qui en fera une donation et non un simple acte de bienfaisance. C'est elle par là même qui dira s'il existe entre l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire un lien causal suffisant. C'est elle qui dira s'il y avait une contre-partie à cet acte, et éventuellement quelle était cette contre-partie, si elle pouvait paraître suffisante pour lui conférer le caractère onéreux : à ce point de vue notamment, elle dira si l'avantage aléatoire prévu au profit d'une partie devait compenser la perte qu'elle a subie, ou si au contraire cet avantage n'a pas été pris en considération, si chacun a pensé avant tout à l'autre⁵. C'est elle qui dira sous quelle perspective il faut se placer pour apprécier l'existence de cette contre-partie : dans le prêt sans intérêt, doit-on regarder l'ensemble de l'opération et dire qu'il y a des prestations, peut-être inégales, mais existant des deux côtés ? ou, au contraire, considérera-t-on séparément la propriété et la jouissance pour reconnaître que cette dernière a été fournie sans contre-partie ?

(1) CARBONNIER, thèse citée, pp. 732 sq.

(2) *Volonté et cause. Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Dijon, 1918, not. 3^e partie. Les deux formules citées sont de la p. 184.

(3) Nous faisons toutes réserves sur cette terminologie.

(4) J. VALLOIR, thèse citée, p. 97.

(5) Cf. *supra*, section 2 ; — LÉPINGLE, thèse citée, pp. 37 sq. ; Amiens, 4 août 1898 précité, S., 1901, 2, 11, D. P., 1902, 2, 24 ; PICARD et BESSON, *op. cit.*, n° 84 b.

Mais l'intention libérale n'a pas seulement ce rôle auxiliaire de déceler et d'interpréter les autres éléments du contrat gratuit ; elle a aussi son rôle propre. Comme le fait remarquer Josserand¹, le même acte peut, sans que l'on modifie une seule de ses clauses, être gratuit ou onéreux suivant les circonstances dans lesquelles il intervient ; et parmi ces circonstances, la plus essentielle sera le but auquel il tend, l'intention qui le guide. Et cela n'est pas pure affirmation d'école, mais entraîne des conséquences pratiques intéressantes : lorsqu'un transfert de valeurs sans contre-partie a été provoqué, il n'en résulte pas pour autant qu'il y ait libéralité : il pourra d'abord y avoir acte frauduleux, passé en vue de faire échapper certains biens aux créanciers : en pareil cas, il est vrai, le recours à la notion d'intention libérale sera parfois superflu, car il y aura une simulation que les tiers pourront mettre à jour en vertu de l'article 1321 du Code civil. Ou bien une renonciation aura été faite, en connaissance des personnes à qui elle profiterait, non pas pour les avantager, mais au contraire pour n'avoir aucun contact avec elles : par exemple la seconde épouse renonce à un legs de son mari « pour ménager à la fois la susceptibilité de ses beaux-enfants et sa propre tranquillité » et « afin de ne rien devoir à une famille qui l'avait si mal accueillie » ; de manière générale, le légataire a « le choix entre le repos de sa conscience et l'augmentation de sa fortune ; il serait rigoureux de critiquer son attitude, alors que, pour des considérations d'ordre moral, de convenance personnelle, de dignité dont il est seul juge, il se fait, par exemple, scrupule de priver l'héritier légitime d'un appoint important dans la succession, ou d'accepter soit des biens dont la consistance lui paraît douteuse, soit des biens dont la possession deviendra pour lui une source d'ennuis »². Ou bien une promesse sans compensation aura été faite sans intention libérale, mais au contraire comme une sorte de pari³. On peut même concevoir des cas où l'acte corresponde à une volonté purement abstraite (nous ne dirons pas gratuite pour éviter toute amphibologie), sans aucune intention libérale : c'est ainsi que, dans un arrêt qui fut maintenu sur pourvoi par la Cour de cassation⁴, les juges du fond estimèrent que l'acte litigieux ne constituait ni une vente puisque le prix n'en devait point être payé, ni une donation puisqu'il n'y avait point d'intention libérale : c'étaient des dispositions irraisonnées et de pur caprice, et la cour les annule, ajoutant, il est vrai, qu'elles émanaient d'une femme affaiblie par l'âge : mais ce dernier motif n'eût point été suffisant et n'avait qu'une valeur d'appoint.

Dans ce rôle nouveau, on ne peut plus se contenter de la première conception de l'intention libérale, conscience de l'existence de l'élément matériel : elle n'aurait alors aucun rôle distinct. Elle est donc quelque chose de plus : l'idée de bienfaisance, le but d'avantager autrui, « le désir de ne pas ramener à soi le profit de son acte, mais de le destiner aux autres »⁵. Cette volonté particulièrement caractérisée supplée aux insuffisances de la cause.

(1) *Les mobiles*, n° 261.

(2) Rouen, 9 juillet 1935, État français c. époux Chapmann et dame veuve Mérite, *D. H.*, 1936, 29. Cet arrêt en conclut qu'en pareil cas l'action Paulienne doit être exclue puisqu'il n'y a pas fraude ; nous croyons pouvoir déduire de ses motifs qu'il n'y a pas donation.

(3) Cf. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1931, pp. 635-636, n° 9, à propos d'un différend entre l'Action française et la Vie Catholique.

(4) Req. 9 déc. 1913, Peyghernès c. Moulis, *S.*, 1914, 1, 359, *D. P.*, 1919, 1, 29. — Comp. les observations de M. CARBONNIER, *Rev. trim.*, 1944, p. 182.

(5) CHAMPEAUX, thèse citée, p. 50.

Certes la donation n'est pas le seul acte qu'une intention est nécessaire pour individualiser : « dans notre conception française du contrat, il est toujours dangereux de vouloir considérer l'acte juridique en lui-même, indépendamment de la volonté des contractants »¹ : on a par exemple montré le rôle de cet élément dans la société², et même en dehors du domaine des contrats³. Mais en notre matière son importance est d'autant plus grande qu'elle a pour effet de soumettre l'acte à un régime plus particulier. C'est ainsi que la réduction pour atteinte à la réserve ne peut frapper que les donations : un acte qui nuit aux réservataires pourra ou non être attaqué par eux suivant qu'il aura ou non été inspiré par l'*animus donandi*.

Attacher une telle importance aux intentions, aux mobiles, c'est le signe d'une civilisation supérieure, qui recherche une justice de plus en plus exacte. Mais ce désir de justice est parfois combattu par un souci de sécurité : les intentions sont souvent difficilement pénétrables ; à faire dépendre d'elles la validité des actes, on risque d'ébranler la sécurité des relations sociales, et de blesser par là même le désir de justice. De sorte que ces deux idées de justice et de sécurité se rejoignent : une règle n'est vraiment juste que si ses sujets peuvent la connaître et l'appliquer commodément.

Aussi a-t-on proposé de ne tenir compte de l'intention des parties que lorsqu'elle s'est traduite dans une clause de leur acte, ou plus généralement (puisque nous nous attachons spécialement aux donations indirectes, qui ne résultent pas d'un acte spécial) dans leur attitude⁴. Ceci pose le problème concret de la preuve des donations indirectes, après le problème abstrait de leur qualification : le second chapitre qui en traitera sera en quelque sorte la mise en œuvre du premier.

(1) J. HAMEL, *L'« affectio societatis »*, *Rev. trim.*, 1925, pp. 761-792 ; passage cité, p. 767.

(2) *Ibid.*

(3) Pour la gestion d'affaires, cf. DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, n° 18, p. 34.

(4) RAY, thèse citée, 2^e partie, ch. 2, 2^e ; l'auteur envisage surtout la question à propos de la distinction de la donation avec charge et de la donation par personne interposée ; ses observations peuvent, nous semble-t-il, être généralisées.

CHAPITRE II

PREUVE DES DONATIONS INDIRECTES

L'importance des questions de preuve, mise en lumière par la doctrine récente, est trop connue aujourd'hui pour qu'il soit nécessaire d'y insister longuement : pour un droit, *idem est non esse aut non probari*.

Le problème se pose pour les donations indirectes : en présence d'un acte donné, comment prouvera-t-on qu'il réalise une donation indirecte ? et même, cette preuve sera-t-elle nécessaire ? ou au contraire ne sera-ce pas à celui qui prétend que l'acte est onéreux qu'incombera la charge de la preuve ?

Cette question de preuve peut d'ailleurs être décomposée, posée pour chacun des éléments de l'acte ou du moins pour la plupart de ces éléments : preuve de l'enrichissement sans contre-partie, preuve de l'appauvrissement sans contre-partie, preuve de l'intention libérale ; nous ne parlons pas du lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement : nous avons vu en effet que ce lien peut être très lâche, puisque même les actes abdicatifs peuvent servir à réaliser une donation indirecte, et qu'il peut être purement psychologique : c'est dire que sa preuve, dans les cas où elle fera difficulté, se confondra normalement avec celle de l'intention libérale. Un phénomène analogue, quoique inverse, pourra également se produire : l'intention libérale, élément psychologique, difficilement saisissable, s'induirait souvent de l'existence de l'élément matériel de l'acte : lorsque l'enrichissement et l'appauvrissement se réaliseront dans certaines circonstances, la jurisprudence tendra à en induire l'existence de l'élément intentionnel ; et peu à peu, par l'effet de l'habitude, les tribunaux transformeront ces présomptions de fait en présomptions de droit : présomptions d'abord purement jurisprudentielles, souvent consacrées ensuite par un texte légal, qui en fera dépendre l'existence de certaines circonstances objectives, plus ou moins arbitrairement déterminées : présomption de gratuité dans certaines hypothèses, présomption de caractère onéreux dans d'autres.

Ces présomptions jouent un rôle particulièrement important et intéressant dans le domaine des rapports entre époux ou futurs époux : elles sont à la base de la théorie des avantages matrimoniaux.

Aussi après avoir, dans une première section, étudié la théorie générale de la preuve, en y comprenant l'étude des présomptions légales, nous consacrerons notre seconde section à la théorie des avantages matrimoniaux.

SECTION PREMIÈRE

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PREUVE DES DONATIONS INDIRECTES

Il ne s'agit pas ici de savoir suivant quels modes on pourra faire la preuve de l'acte juridique qui renferme la donation indirecte : ceci se

lierait aux formes de la donation indirecte et trouvera sa place normale dans notre seconde partie. La question est autre : on se trouve en présence d'un acte défini, et il s'agit de savoir s'il renferme une donation indirecte. Cette question peut se poser dans des circonstances variées et présenter des intérêts divers. On pourrait concevoir d'abord que le donateur prétende démontrer que l'acte est en réalité une donation pour en déduire qu'il est nul faute d'avoir observé les règles de forme imposées par les articles 931 et suivants : nous verrons bientôt que pareille demande ne saurait réussir, du moins en principe. Mais aussi cette preuve peut être faite en vue de faire appliquer à l'acte l'une des règles de fond des donations : par exemple, le donateur voudra le faire révoquer pour cause d'ingratitude, ou ses héritiers en demanderont le rapport ou la réduction, ou ses créanciers voudront exercer contre lui l'action Paulienne dans les conditions moins rigoureuses auxquelles elle est soumise lorsqu'elle s'attache aux actes gratuits, ou le fisc voudra le soumettre aux droits de donation, ou enfin le donataire lui-même voudra prouver que le transfert de propriété opéré en sa faveur a une cause réelle et licite. C'est donc tantôt entre les parties, tantôt dans les rapports avec des tiers que se poseront ces questions de preuve : chacune de ces situations fera l'objet d'un paragraphe distinct. Mais il est des hypothèses où le législateur a facilité la tâche des intéressés en instituant des présomptions de gratuité ou de caractère onéreux : elles feront l'objet d'un troisième paragraphe.

§ 1^{er}. *La preuve entre les parties.*

I. — On pourrait songer à rapprocher à ce point de vue les donations indirectes des autres donations sans forme, donations déguisées et dons manuels, pour les soumettre à un régime analogue. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que cette référence pure et simple permettrait de parvenir à des conclusions précises.

En effet, en ce qui concerne les donations déguisées, la jurisprudence a varié¹ : elle a d'abord proclamé « que la loi n'a soumis à aucune règle spéciale la preuve de l'existence des donations déguisées ; que, dès lors, la preuve qu'un acte, en apparence à titre onéreux, n'est qu'une libéralité déguisée, peut être faite par témoins et même par simples présomptions »² ; mais elle est bientôt revenue sur cette solution et, par application de l'article 1341, elle a exigé, pour prouver contre l'acte onéreux apparent, la production d'un écrit, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit ou que l'acte ne soit argué de dol ou de fraude³. Même si l'on considère cette dernière solution comme définitive, elle ne peut être transposée telle quelle en matière de donations indirectes : dans la donation déguisée, l'acte apparent indique une cause onéreuse, il s'agit de prouver contre lui et l'on conçoit que l'on applique à cette preuve les règles des articles 1341 et suivants ; dans la donation indirecte, l'acte apparent n'indique pas de cause,

(1) Cf. JOLIVET, thèse citée, pp. 231 sq.

(2) Req. 3 juin 1863, Martal et consorts c. veuve Joly et consorts. *D. P.*, 1863, 1, 429, *S.*, 1864, 1, 269. — Dans le même sens : Req. 12 avril 1865, Dufour c. Chêne, *S.*, 1866, 1, 357 ; 20 juillet 1868, Casabianca et Dugied c. Souchères et Pons, *S.*, 1868, 1, 362 : ce dernier arrêt se fonde sur l'article 1348 C. civ.

(3) Civ. r. 29 juill. 1863, Haye c. Haye, *S.*, 1864, 1, 79, *D. P.*, 1864, 1, 110 ; 13 août 1866, Dufeu c. Dufeu, *S.*, 1866, 1, 383 ; Civ. c. 2 déc. 1903, Poignant c. Deligny, *S.* 1904, 1, 72 ; Civ. r. 10 mai 1905, Morel et époux François c. époux Grandemange, *S.*, 1906, 1, 92 ; Montpellier, 25 fév. 1935, dame Bernard c. Aribaud, *S.*, 1935, 2, 154. Voir aussi DALLIGNY, thèse, p. 112 et les références.

gratuite ou onéreuse, et il s'agit seulement de l'interpréter, de le compléter ; les règles restrictives ne s'imposent pas avec la même évidence. Il n'y a donc pas de véritable analogie, au point de vue de la preuve, entre donations déguisées et donations indirectes.

Y en a-t-il davantage entre donations indirectes et dons manuels ? Il peut le sembler : le don manuel se réalise par la tradition, acte qui n'indique pas sa cause, de sorte que la preuve de celle-ci peut d'autant plus être faite par tous moyens que la tradition n'est pas un acte écrit. Mais c'est justement cela qui paraît devoir exclure toute analogie avec la donation indirecte, laquelle suppose le plus souvent, et peut-être toujours, un acte écrit. D'ailleurs, en matière de don manuel, la jurisprudence a tendance, au moins dans les motifs de ses arrêts sinon dans la réalité de ses décisions, à se fonder sur la portée absolue reconnue à l'article 2279, qui dispenserait le donataire de toute preuve et lui permettrait de s'abriter purement et simplement derrière sa possession.

Nous ne pouvons donc nous contenter d'une simple solution par analogie, et nous devons étudier le problème directement pour les donations indirectes.

II. — La première question qui se pose est celle de la charge de la preuve : elle était résolue très simplement pour la donation déguisée : celle-ci suppose un acte apparent onéreux, et c'est évidemment à celui qui veut s'insurger contre cette apparence qu'il incombe de faire la preuve de ses allégations.

Le principe, c'est qu'un acte est valable et régulièrement causé si le contraire n'est prouvé : c'est ainsi que le paiement est toujours présumé avoir une cause, et que c'est à celui qui prétend en exercer la répétition qu'il incombe de faire non seulement la preuve négative qu'il n'était tenu d'aucune dette mais encore la preuve positive de l'erreur qu'il a commise et en vertu de laquelle il a effectué ce paiement¹. En effet, si l'on se contentait de la première preuve, il serait trop facile de recourir à l'action en répétition pour révoquer un paiement fait *donandi causa*.

Si la quittance ou tout autre acte écrit avait indiqué pour ce paiement une fausse cause onéreuse, en serait-il de même ? La jurisprudence admet au contraire que, dès que la preuve de l'inexistence de la cause indiquée a été faite, c'est à celui qui prétend qu'il existe une autre cause d'en faire la preuve² : elle applique notamment ce principe à la lettre de change : si la lettre a indiqué une cause, par exemple « valeur reçue en marchandises » (bien que cette indication ne soit plus obligatoire), dès que cette mention est prouvée inexacte, c'est à celui qui prétend qu'il y avait une autre cause réelle, à en rapporter la preuve, faute de quoi la lettre de change est annulée comme sans cause en vertu de l'article 1131 du Code civil : solution qui s'explique peut-être par le désir de lutter contre les effets de complaisance, quelles que soient les formes sous lesquelles ils puissent se dissimuler.

Cette jurisprudence n'infirme donc pas le principe que, en présence d'un acte qui n'indique pas sa cause, c'est à celui qui prétend qu'il revêt telle nature, gratuite ou onéreuse qu'il incombe d'en faire la preuve : *onus*

(1) Civ. 26 janv. 1920, Thirault c. Barreau, Lablatiguière et Rabion, S., 1921, 1, 377 ; Cons. d'État 25 nov. 1921, Soc. « Les Savonneries Henri Olive », sol. implicite, S., 1925, 3, 14 ; Civ. 7 janv. 1925, Meyohas c. Faure-Besson, S., 1925, 1, 14 ; Req. 29 avril 1927, Mauger ès-qual. c. Soc. « La Morue française », S., 1927, 1, 307.

(2) Req. 31 juill. 1877, Juillero⁴ c. Debief, S., 1880, 1, 24 ; 19 janv. 1933, Soc. générale c. Vincens, S., 1934, 1, 88.

*probandi incumbit ei qui dicit*¹. Cette règle reçoit d'ailleurs les mêmes exceptions que le principe général dont elle est l'application : c'est ainsi, notamment, que lorsque l'existence de l'acte n'est connue que par l'aveu d'une partie qui, en même temps, lui attribue le caractère de donation, la règle de l'indivisibilité de l'aveu jouera à son profit².

III. — La preuve, avons-nous dit, doit porter à la fois sur l'élément matériel et sur l'élément intentionnel de la donation indirecte.

Sur le premier point, elle sera en général assez simple : il suffira d'analyser l'acte et de faire une comparaison entre ce que reçoit chacune des parties pour apprécier s'il existe ou non un transfert de valeurs³. Il n'y aura de difficulté que lorsque la donation indirecte résultera non pas d'un seul acte mais de la combinaison de deux ou plusieurs actes : alors il sera plus difficile de découvrir la donation, et c'est pourquoi certains disaient qu'en pareil cas il y avait donation déguisée et non pas donation indirecte⁴. Ce sera notamment le cas où une acquisition est faite au nom d'une personne alors que les deniers ont été en réalité fournis par une autre ; il y a donation : est-ce une donation déguisée ou une donation indirecte, ayant pour objet le bien acquis ? est-ce un don manuel portant sur les deniers ayant servi à payer le prix ? c'est là une des nombreuses questions, et sur lesquelles nous reviendrons⁵, que pose cette opération singulière. Mais dès maintenant nous devons nous demander comment on prouvera son existence.

La question pourrait sembler au premier abord étrangère à nos développements actuels : dans les espèces où elle s'est posée, en effet, l'action était exercée soit par des créanciers utilisant contre le donataire la voie de l'action Paulienne, soit par des cohéritiers voulant lui faire appliquer la sanction de l'article 792 du Code civil : il ne s'agit donc pas de rapports entre les parties. Mais, comme nous sommes dans un domaine où, même entre les parties, la preuve est libre, les solutions qu'ont dégagées les arrêts peuvent être utilisées d'une manière tout à fait générale.

Ces arrêts, à vrai dire, ne posent pas de principe absolu ; tout est question d'espèces ; l'idée directrice est peut-être que la jurisprudence se montre très large sur la manière dont peut être administrée cette preuve. La Cour de cassation a admis qu'elle pouvait résulter du fait que, la veille d'un achat fait au nom de son fils moyennant 35.000 francs, le père avait retiré de son compte en banque une somme de 48.000 francs⁶ : cette coïncidence, combinée avec le lien de proche parenté entre les parties, avait pu paraître à la Cour d'appel une présomption de fait suffisante en faveur de la donation.

Lorsque le donataire est le fils mineur du donateur, la situation présente quelques particularités qu'un récent arrêt de la Cour de Bordeaux⁷

(1) Voir une application récente dans : Civ. c. 19 déc. 1944, Humeau c. consorts Gabory, *Gaz. Pal.*, 1945, 1, 73.

(2) Req. 10 nov. 1879, Bouillod c. Bouillod, *S.* 1881, 1, 146 ; Civ. 24 nov. 1907, Chottokripal c. Nocour Chondor Pattoque, *S.* 1907, 1, 436 ; Civ. 23 janv. 1922, Lecomte c. Lecomte, *S.*, 1922, 1, 229 ; Civ. c. 8 janv. 1934, Cassagnou c. Fournier, *D. H.*, 1934, 148.

(3) Req. 14 mai 1934, Roquier-Vicat c. Enregistrement, *D. H.*, 1934, 330 ; Lyon, 24 déc. 1930, Aunier c. veuve Aujogue, *S.*, 1931, 2, 167.

(4) Cf. *infra*, 2^e partie, titre 2, ch. 2, sect. 2.

(5) Cf. *infra*, *ibid.*

(6) Req. 7 juin 1943, Lebreton c. époux Borde, *S.*, 1943, 1, 99 ; *J. C. P.*, 1944, 2, 2571 et note P. VOIRIN.

(7) Bordeaux, 9 juillet 1942, *J. C. P.*, 1943, 2, 2112, et note CARBONNIER.

a permis d'étudier : une pièce de vigne avait été vendue aux mineurs R., âgés de dix-huit et treize ans, représentés à l'acte par leur père, administrateur légal, porteur du prix de quatre mille francs payé comptant. Pour dire que cette somme avait été fournie en réalité par le père, non par les enfants, l'arrêt note que ce paiement avait coïncidé avec la rentrée de certaines factures, alors que par ailleurs les enfants n'exerçaient aucune profession et qu'aucune indication n'était fournie sur l'origine des deniers : toutes circonstances qui faisaient présumer qu'ils provenaient du père. Mais l'indice essentiel était sans doute d'ordre psychologique : le père devait être bientôt déclaré en faillite, et la cessation de ses paiements fixée à une date postérieure de moins de trois mois à l'achat litigieux ; la Cour avait d'ailleurs relevé que depuis plusieurs années, il était dans une situation précaire et avait cherché à mettre ses biens à l'abri de ses créanciers. Cet arrêt présenterait donc déjà cet intérêt de montrer que, même dans l'appréciation des éléments matériels de la donation, les facteurs psychologiques ont une importance primordiale. Mais son intérêt essentiel lui vient peut-être plus des commentaires qu'il a provoqués que de son texte même.

M. Carbonnier¹ note que les éléments retenus comme preuve directe du fait que les deniers provenaient du père n'étaient pas à eux seuls absolument indiscutables : combinaisons antérieures par lesquelles il avait cherché à faire échapper ses biens à ses créanciers, coïncidence de la vente avec la rentrée de certaines factures. Aussi l'arrêt cherche avant tout à faire une preuve indirecte : les deniers proviennent du père parce qu'ils ne peuvent provenir des enfants. Certes, ceux-ci ne sont pas frappés d'une présomption légale analogue à la fameuse *praesumptio muciana* édictée par l'article 559 du Code de commerce à l'encontre de la femme du failli. Mais du moins faut-il qu'il soit vraisemblable que les mineurs aient pu avoir des fonds leur appartenant en propre : or, ces fonds ne pouvaient être ni les revenus de leur travail puisqu'ils n'exerçaient pas de profession, ni ceux de capitaux leur appartenant, car ces capitaux n'auraient pu leur provenir que de succession ou donation, et en pareil cas leur père usufruitier légal aurait été dans l'obligation de dresser inventaire² : faute de représenter un tel inventaire, il y avait, dit M. Carbonnier, impossibilité juridique de concevoir une propriété mobilière des enfants : ainsi, par cette voie détournée résultant de la combinaison des présomptions de fait et de la règle légale de l'article 600, arrivait-on à un résultat tout à fait analogue à celui auquel aurait conduit une présomption de droit.

À la vérité, nous ne croyons pas que le raisonnement de M. Carbonnier soit entièrement fondé, même pour l'hypothèse, dans laquelle il se place, où la question se pose à l'égard de tiers ; à plus forte raison, si la question se posait dans les rapports entre parties pourrait-il prêter à critique.

Ce qui nous paraît discutable, c'est de déduire de l'article 600 du Code civil l'impossibilité de concevoir au profit de mineurs une propriété mobilière dont il n'existe pas d'inventaire. Le mineur a pu tout d'abord bénéficier de donations mobilières échappant à l'usufruit légal des père et mère, et en pareil cas il ne saurait être question d'inventaire, du moins si le mineur est placé sous le régime de l'administration légale et non en tutelle³. Et surtout, même dans les cas où l'inventaire est obligatoire, il ne semble

(1) Note précitée.

(2) Art. 600 C. civ.

(3) RIPERT et BOULANGER, t. I, n° 2329. — Et même l'objet de la donation pourrait être soustrait à l'administration légale : RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 2324.

pas que cette règle édictée dans l'intérêt du mineur doive être assortie d'une sanction qui serait pour lui plus nuisible que favorable puisqu'elle l'empêcherait de se prévaloir à l'égard des tiers de la propriété d'objets que son tuteur a omis d'inventorier. Ainsi l'affirmation générale de M. Carbonnier, même sur le terrain où il s'est placé, nous paraît injustifiée. L'absence d'inventaire ne peut être retenue qu'à titre de présomption de fait créant un soupçon de fraude.

A plus forte raison si l'on se limite au domaine qui est plus particulièrement celui de nos présents développements : la preuve de la donation indirecte entre les parties. Si l'on conçoit que le tuteur donateur soit mal fondé à se faire un titre de sa négligence en vue de démontrer que c'est lui en réalité qui a fait une donation à son pupille, en vue, par exemple, d'en provoquer la révocation, à l'inverse on ne comprendrait pas que le mineur fût laissé à sa merci et ne pût pas prouver qu'en réalité les deniers qui ont servi à payer l'acquisition lui venaient d'ailleurs.

Par conséquent, même dans cette hypothèse particulière, il n'y a pas lieu de déroger à l'idée qui de prime abord nous avait paru résumer tout le régime de la preuve de l'élément matériel de la donation indirecte : cette preuve est avant tout une question de fait, qui le plus souvent ne présentera pas de difficulté véritable.

IV. — En est-il de même en ce qui concerne l'élément intentionnel ? Cet élément est moins facile à déceler que le précédent pour des raisons qui tiennent à la nature des choses, à cette idée chère aux pessimistes que les pensées de l'homme sont impénétrables à ses semblables¹.

Malgré cette difficulté, le principe qu'il faut maintenir est qu'il sera nécessaire de prouver l'existence de l'intention libérale : car l'élément matériel peut être purement apparent, il peut viser à dissimuler aux créanciers certains biens du prétendu donateur, et seul l'examen des mobiles qui ont guidé ce dernier permettra d'affirmer à coup sûr qu'il s'agit d'une donation².

Mais cette recherche d'intention ne se fera pas dans l'abstrait : les éléments matériels pourront y servir : l'intention libérale pourra être dégagée de l'économie même de l'acte. Cela a été fait notamment pour les donations indirectes réalisées par un louage de chose : l'intention des parties, dit Jossierand, ne se sera souvent manifestée qu'indirectement et le juge aura peine à la dégager, il s'inspirera des circonstances, et notamment des clauses du bail : « plus la durée de la jouissance du pseudo-preneur sera longue, et plus facilement l'acte se ramènera à un transfert définitif de valeurs, donc à une donation »³.

Souvent aussi, la preuve de l'existence ou de l'absence d'intention libérale résultera, non pas de l'acte lui-même, mais de circonstances non moins faciles à prouver : les relations antérieures existant entre les parties. C'est ainsi que lorsqu'un employeur contracte une assurance sur la vie au profit de son personnel, il le fait le plus souvent, non pas dans une intention de libéralité, c'est-à-dire avec la volonté de conférer un avantage sans contre-partie, mais en vue de s'assurer un personnel stable, et fréquem-

(1) Cf. le résumé de la pensée d'Estaunié par M. PASTEUR VALLERY-RADOT, *Discours de réception à l'Académie française* (Éditions du Monde, p. 6, col. 1) : « Nous ne pouvons pas plus par notre sensibilité pénétrer dans l'intimité d'un être humain que nous ne pouvons par nos yeux faire l'analyse des ondes lumineuses dont se compose un rayon de soleil. »

(2) Cf. JOLIVET, thèse, pp. 159 sq.

(3) JOSSEIRAND, *Les mobiles*, n° 285, p. 357, note 4.

ment ce personnel aura accepté des appointements réduits en considération de cet avantage, qui aura constitué un élément du salaire¹. Ici encore, par conséquent, la preuve de l'absence d'intention libérale résulte de la preuve de l'absence de l'un des éléments matériels de la donation, l'enrichissement et l'appauvrissement sans contre-partie.

L'intention libérale sera déduite parfois de la rédaction même de l'acte par lequel est réalisée la donation : une délibération du Conseil municipal de Paris avait accordé à quatre cent vingt-huit contribuables restitution de droits de stationnement s'élevant à 117.011 francs ; elle est annulée par le Conseil d'État², car « les remboursements de taxes effectués en dehors de toute discrimination fondée sur un motif de droit, et conduisant en fait à établir une distinction arbitraire entre les redevables, constituent une libéralité à la charge du budget de la Ville de Paris, qu'il n'appartient pas au Conseil municipal de consentir ». Sans doute, des principes particuliers au droit fiscal interviennent-ils ici, mais c'est peut-être cela précisément qui fait l'intérêt de la décision : il est de l'essence du droit fiscal de défavoriser certains individus par rapport à d'autres³, mais cette défaveur ou cette faveur doivent être justifiées par des motifs objectifs : en l'absence de pareils motifs, il y a donation, dit le Conseil d'État.

L'intention libérale résultera fréquemment d'éléments difficiles à apprécier et ne permettant pas d'aboutir à une conclusion en toute certitude. Il y aura des cas douteux : quelle règle devra-t-on leur appliquer ? Plusieurs textes du Code civil⁴ ont prévu dans quel sens, en cas de doute, devaient s'interpréter certaines conventions. Y a-t-il, dans la loi ou dans la jurisprudence, une règle analogue en ce qui concerne les donations ?

Certains arrêts pourraient, à la suite de ceux que déjà nous venons d'analyser, laisser à penser que le caractère onéreux se présume dans le doute. C'est ainsi que, dans un cas où il était prétendu que la reconnaissance de dette en vertu de laquelle avait été fait un paiement était seulement destinée à permettre au bénéficiaire de recevoir le don manuel même au cas où le prétendu donateur décéderait avant la remise des deniers, la Cour de cassation rejette cette prétention en déclarant que la Cour d'appel « ne pouvait que faire l'application à la cause d'un titre dont les termes clairs et précis et non contestés ne prêtaient à aucune équivoque et n'avaient pas à être interprétés »⁵. Mais cet arrêt statuait sur un cas qui était plutôt de donation déguisée. Il ne faut donc pas en exagérer la portée.

En présence d'un acte neutre, nous persistons à penser que c'est à celui qui veut se prévaloir de la nature véritable de l'acte, notamment de son caractère de donation indirecte, qu'il incombe d'en rapporter la preuve ; c'est l'opinion générale des auteurs⁶, consacrée par plusieurs arrêts⁷. Ce principe ne devrait recevoir d'exception que dans les cas où existe une présomption légale contraire, cas dont nous aborderons bientôt l'étude.

Il faut reconnaître toutefois que la jurisprudence ne s'est pas toujours tenue à l'application de ces principes, et que certains arrêts témoignent non seulement de leur méconnaissance accidentelle, mais encore d'une contradiction formelle avec eux.

(1) Req. 19 janv. 1932, Comp. charbonnière de la Seine c. veuve Cohet, *S.*, 1932, 1, 329, et note P. GUYOT ; *D. P.*, 1933, 1, 41, et note TRASBOT.

(2) 23 mai 1930, Soc. « Métropole Voitures », *S.*, 1931, 3, 39.

(3) Malgré la vieille théorie de la neutralité de l'impôt.

(4) Art. 1162, 1602, etc.

(5) Req. 17 octobre 1939, veuve Piquemal c. Pierre Piquemal, *D. H.*, 1940, 29.

(6) Comp. Marcel CLOS, thèse, Montpellier, 1941, pp. 12-34.

(7) Voir les nombreux arrêts cités par CLOS, *loc. cit.*, dont la solution est souvent implicite.

Pèche par méconnaissance accidentelle un arrêt de la Cour de Paris du 30 janvier 1929¹ qui décide que celui qui a stipulé pour autrui n'est pas fondé à exiger une redevance quelconque de celui qui bénéficie de sa stipulation.

Une tendance beaucoup plus radicale inspire déjà un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1866² qui statuait sur la renonciation à ses gains de survie faite par une femme lors de la mort de son mari en vue de permettre à l'un de ses fils de recueillir dans la succession paternelle une donation de biens présents et à venir qui lui avait été faite par contrat de mariage : comme cette renonciation avait seule permis d'exécuter la donation, la Cour de cassation affirme « qu'en pareil cas on doit présumer que l'intention dans laquelle a été faite la renonciation était conforme au résultat qu'elle a produit, lorsque rien... n'indique une intention différente ».

Si la solution donnée en l'espèce par la Cour de cassation nous paraît parfaitement justifiée, nous pensons cependant qu'il faut se garder d'exagérer la portée des motifs qu'elle a donnés à l'appui de sa décision. Si l'on s'en tenait à leur sens littéral, ils sembleraient signifier que l'intention libérale est présumée par le seul fait que l'on constate d'un côté un enrichissement et de l'autre un appauvrissement sans contre-partie ; en réalité, cette présomption, au lieu d'être une présomption de droit résultant de la seule existence de l'élément matériel de la donation, n'est qu'une présomption de fait, c'est-à-dire à proprement parler un mode de preuve, et non pas une dispense de preuve, résultant de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment du lien de parenté proche existant entre les parties. La seule chose que l'on puisse induire à coup sûr de la décision de la Cour de cassation, c'est que les juges du fond ont eu le droit de tirer des circonstances de pareilles présomptions. Décision, par conséquent, qui ne nous paraît, ni par son dispositif, ni même par ses motifs, établir une présomption légale³ d'intention libérale résultant de l'existence de l'élément matériel de la libéralité. Plus récemment d'ailleurs, d'autres décisions sont venues confirmer que l'intention libérale est un élément nécessaire de la donation indirecte, dont la preuve doit être faite⁴.

C'est donc bien que l'arrêt de 1866 concerne, non pas la question de la charge de la preuve, mais celle des modes de preuve de la donation : modes de preuve de la donation, et de chacun de ses éléments, notamment de l'intention libérale.

V. — D'une manière générale, cette preuve peut être faite par tous moyens : il ne s'agit pas en effet de prouver l'existence d'un contrat, mais seulement d'en déterminer la nature, ce qui est une des formes de l'interprétation. Or, pour interpréter un contrat dont l'existence est reconnue, il est permis de recourir à tous les modes de preuve, quelle que soit la valeur de l'objet en litige : le principe, affirmé dès 1935 par le président

(1) *Coupelle c. Drapier*, *Gaz. Trib.*, 1929, 1, 2, 101 ; DEMOGUE, comm. à la *Rev. trim.*, 1929, p. 769, n° 25.

(2) *Civ. c.* 15 mai 1866, cons. *Dernis c. Dernis*, *D. P.*, 1866, 1, 249. — Comp. : *Amiens*, 24 janv. 1856, de *Marguerit c. de Suze*, *S.*, 1856, 2, 520, *D. P.*, 1857, 2, 24 ; et, très implicitement, *Civ. r.* 27 oct. 1886, *Lauly c. époux Tailhardat*, *D. P.*, 1887, 1, 129, et note FLURER.

(3) Nous parlons au texte de présomption légale : il serait plus exact de dire présomption de droit : une présomption de droit ne résulte pas nécessairement de la loi écrite, et dans le cas présent sa source serait la jurisprudence. Cf. GÉNY, *Science et technique*, t. III, 1921, n° 235, pp. 314 sq.

(4) *Req.* 9 déc. 1913, *Peybernès c. Moulis*, sol. implicite, *S.*, 1914, 1, 359, *D. P.*, 1919, 1, 29, précité (ch. 1^{er}, sect. 4).

Pilon¹, vient d'être tout récemment consacré par la Cour de cassation². Si la juridiction suprême n'a pas, à notre connaissance, posé expressément le même principe à propos des donations, c'est lui, croyons-nous, qui constitue la base nécessaire de nombreuses décisions rendues en la matière par nos tribunaux.

Puisque cette preuve peut être faite par tous moyens³, elle n'appelle guère de remarques particulières. On peut noter toutefois que l'intention libérale qu'il s'agit de prouver ne pourra normalement résulter que d'éléments qui existaient ou qui pouvaient être prévus avec une suffisante certitude lorsque la donation a été réalisée : c'est une des raisons pour lesquelles, lorsqu'il est soutenu qu'une vente ou tout autre acte onéreux renferme un avantage indirect au profit de l'une des parties, c'est au moment de sa conclusion qu'il faut se replacer pour apprécier l'existence de cet avantage⁴.

Puisqu'il s'agit là de questions de fait, les juges du fond seront souverains pour apprécier les éléments de fait qui leur seront soumis par les parties et pour dire si le contrat a été passé ou non dans une intention libérale⁵. Mais, bien entendu, ils devront constater l'existence de tous les éléments légaux de la donation, pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la qualification, laquelle constitue une question de droit.

§ 2. La preuve dans les rapports avec les tiers.

I. — « Le prétendu principe de la relativité des contrats »⁶ n'a lui-même qu'une valeur relative. Le contrat ne peut être invoqué par les tiers que s'il contient une stipulation pour autrui, valable dans les conditions de l'article 1121, et ne peut en soi jamais leur nuire. Mais cela n'est vrai que des tiers proprement dits. Les créanciers et les héritiers, au contraire, qui sont considérés comme des ayants cause à titre universel, peuvent souffrir ou profiter des actes de leur auteur : les créanciers du donateur voient

(1) Rapport sur Req. 28 oct. 1935, consorts Hooge c. Enguehard, *D. P.*, 1936, 1, 29. L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas cru devoir consacrer le principe énoncé par l'éminent rapporteur et s'est contenté d'une formule incidente : « sans même qu'il y ait à rechercher si les juges pouvaient faire état de simples présomptions pour décider que le don manuel comportait une réserve d'usufruit ».

(2) Civ. c. 10 juill. 1945, Debiesse c. Bonnière, *S.*, 1945, 1, 112. — Comp. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 1111, n° 31. Comme le note M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (note signée P. L.-P., au *D.*, 1945, J., 262, sous Civ. c. 23 avril 1945, Comp. « La Foncière » c. Lemaire et autres), en dépit de l'art. 1341, « témoins et présomptions judiciaires sont néanmoins admissibles en présence d'un acte dont les stipulations sont ambiguës, de sorte qu'une interprétation de la déclaration écrite de volonté est nécessaire. Mais les juges du fond ne jouissent de ce pouvoir de compléter telle ou telle stipulation d'un contrat au moyen de présomptions et d'une recherche judiciaire de volonté, qu'autant que l'écrit lui-même ne fournit pas, par son contexte, le règlement de toutes les difficultés dans des clauses claires et précises ».

(3) Certains arrêts sont même particulièrement larges, et on leur a reproché d'admettre la preuve par la commune renommée : cf. Toulouse, 3 fév. 1862, sous Req. 3 juin 1863, Martal c. veuve Joly, précité, *D. P.*, 1863, 1, 429, *S.*, 1864, 1, 269.

(4) Bordeaux, 8 mai 1878, Eyquem c. époux Dessales et consorts, *D. P.*, 1879, 2, 183. — Cf. *supra*, ch. 1^{er}, sect. 2.

(5) JOLIVET, thèse citée, pp. 124-125 ; PASCAUD, *Rev. crit.*, 1882, pp. 145-146 ; Req. 3 déc. 1895, Boncompain c. Imbard-Sarrazin, *D. P.*, 1896, 1, 284, *S.*, 1897, 1, 234 ; Req. 14 fév. 1927, Sigrand c. consorts Tissot, *S.*, 1927, 1, 166.

(6) Selon la formule qui sert de titre à un article de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1934, pp. 525-545.

s'amoindrir les garanties dont ils disposaient à l'encontre de leur débiteur, tandis qu'à l'inverse ceux du donataire voient s'étendre leur droit de gage général ; de même, les héritiers jouissent de tous les droits et sont tenus de toutes les obligations dont jouissait ou était tenu leur auteur. De droit commun, ce principe reçoit exception dans le cas où l'acte n'a pour but que de faire fraude aux droits des créanciers : selon la formule suggestive de Josserand¹, « on ne représente pas ceux que l'on trahit intentionnellement ». Le danger particulier que présentent les donations a conduit à renforcer en ce qui les concerne l'exception admise par le droit commun : d'une part l'action Paulienne pourra réussir contre le donataire même s'il n'a pas été personnellement complice de la fraude ourdie contre les créanciers ; d'autre part, l'héritier réservataire, dans toute la mesure où il fait valoir son droit à la réserve, est considéré comme un tiers à l'égard des actes de son auteur.

En particulier, créanciers et héritiers pourront désirer faire preuve de la donation afin d'en tirer les conséquences en leur faveur : faire porter sur elle leur gage si la donation est frauduleuse, la faire compter dans le calcul de la réserve, et, éventuellement, la faire réduire.

Nous avons vu qu'en pareil cas, entre les parties, lorsqu'il s'agissait de prouver l'existence même de l'acte et non pas les conditions auxquelles il avait été consenti, il fallait en rapporter la preuve par écrit ou tout au moins rendre admissible la preuve par témoins à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. Les créanciers et les héritiers réservataires ne seront pas soumis dans la preuve de leurs droits aux mêmes restrictions, et on les fera bénéficier de la mention finale de l'article 1353 du Code civil : comme ils attaquent l'acte pour cause de fraude, ils pourront prouver son existence par tous moyens en vue d'en faire ensuite supprimer ou réduire les effets. Ces principes, qui valent d'une manière générale et que la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion d'appliquer aux donations déguisées², doivent à plus forte raison recevoir application quant aux donations indirectes : sans doute, ces dernières ne contiennent pas à proprement parler de simulation et par conséquent l'intention de fraude y est moins évidente, mais il y aura souvent, non pas mensonge, mais réticence, non pas simulation, mais dissimulation³, à l'abri de laquelle les parties auront placé des combinaisons suspectes. Dans le cas où ce ne sera pas l'acte lui-même qui aura été dissimulé, mais seulement sa nature, puisque celle-ci peut, même entre les parties, être démontrée par tous moyens, à plus forte raison en sera-t-il ainsi de la part des tiers, créanciers et héritiers.

II. — Il est un autre tiers, avec lequel se sont déroulés de nombreux procès. C'est l'Administration de l'Enregistrement qui cherche à établir le caractère gratuit d'un acte en vue de percevoir sur lui le droit de mutation à titre gratuit⁴.

(1) *Cours*, t. II, n° 256, p. 147.

(2) S. DALLIGNY, thèse, p. 112 et les références ; Req. 11 déc. 1918, Tubeuf c. dames Duval et Dieuzy, S., 1921, I, 80 ; 3 juill. 1922, veuve Tatu c. époux Roussel, S., 1923, I, 105 ; 14 fév. 1927, Sigrand c. conjoints Tissot, précité, S., 1927, I, 166. — De même, pour le don manuel : Req. 28 juill. 1908, analysé par HÉMARD, *Rev. trim.*, 1909, p. 184, n° 2 ; Civ. r. 17 janv. 1910, veuve Noury c. héritiers Noury, *Gaz. Trib.*, 1910, 2, 1, 29, et le commentaire de HÉMARD, *Rev. trim.*, 1910, pp. 643-644, n° 7. — V. aussi les arrêts cités *supra*, § 1^{er}.

(3) Sur cette distinction, cf. : JOSSEMAND, *Évolutions et actualités*, VI, pp. 117 et 121.

(4) La question tendra à se poser moins fréquemment par suite de réformes fiscales assez récentes qui assimilent les donations aux mutations à cause de mort et les font

Comme la preuve dont il s'agit est celle d'une fraude fiscale, peu importe que l'on considère le fisc comme un véritable tiers ou qu'on l'assimile à une partie, apte à se prévaloir de l'acte pour la perception des droits : il pourra en tout cas faire par tous moyens la preuve du caractère gratuit de la mutation qu'il incrimine, du moins par tous les moyens compatibles avec la procédure écrite qui est de règle en matière d'enregistrement. C'est dire que les présomptions y joueront la plus large place. Le contribuable fera d'ailleurs valoir des présomptions en sens contraire. Et c'est ce conflit qu'aura à trancher le juge¹. Les mêmes règles vaudront, qu'il s'agisse de donations déguisées ou de donations indirectes.

Tout ceci ne poserait que des questions de fait, d'autant moins intéressantes pour notre étude que d'une manière générale nous avons exclu le droit fiscal du champ de nos investigations, si nous n'étions obligé pour terminer de faire mention d'une règle nouvelle instituée par l'article 45 de la loi de finances du 13 juillet 1925. D'après ce texte, les biens appartenant au défunt pour l'usufruit et à l'un de ses héritiers pour la nue propriété sont, jusqu'à preuve contraire, réputés faire partie de la succession, à moins qu'il n'y ait eu donation régulière. La loi a présumé en pareil cas qu'il y avait eu donation du défunt à son héritier, donation qui aurait dû lors de sa conclusion être soumise au droit fiscal de donation. On n'a pas voulu toutefois tirer de cette idée toutes ses conséquences logiques, lesquelles eussent été d'autant plus graves que la présomption n'était pas dans tous les cas très judicieuse. Et, au lieu de soumettre le bien au droit de donation et éventuellement aux droits en sus, on le frappe seulement des droits de mutation par décès. Mais l'idée inspiratrice reste bien de frapper une donation, et la jurisprudence décide que la preuve contraire, que réserve le texte et qui permet de faire échapper le bien aux droits de mutation, est celle, non seulement de la réalité de la mutation antérieure, mais encore de la sincérité de son caractère onéreux². On ne peut plus parler de « sincérité » du caractère onéreux lorsque le transfert de propriété s'est opéré par un acte neutre ; alors il faut plutôt « assigner à l'objet de la preuve contraire un terrain plus souple et moins étroit, dans lequel la preuve de l'absence d'intention libérale chez l'usufruitier et d'enrichissement du nu propriétaire remplace la preuve de la sincérité de l'acte »³ : en d'autres termes, c'est en pareil cas au contribuable qu'il incombe, par un renversement des règles habituelles de la preuve, de démontrer que l'acte ne renferme pas de donation indirecte ; « le nu propriétaire doit démontrer que la mutation est dépourvue de tout caractère gratuit »⁴.

La preuve, ici encore, pourra être faite par tous moyens et la jurisprudence se montre très large dans l'admission de ces moyens⁵ ; seules des questions de fait se poseront. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter plus longuement aux règles du droit fiscal. Et puisque celles-ci nous ont conduit à l'étude d'une présomption légale, nous allons voir que des présomptions se rencontrent également sur le terrain du droit civil.

bénéficier des mêmes exonérations pour charges de famille : déjà l'Administration se plaint de l'existence de ventes dissimulées sous forme de donations.

(1) Cf. Req. 13 mars 1940, *Azizi Tahar c. Azizi Bachir ben Mohamed et autres*, *Gaz. Pal.*, 1940, 1, 464 ; Trib. Versailles, 25 fév. 1943, *Agésne*, *J. C. P.*, 1944, 2, 2616 ; JOLIVET, th. citée, pp. 245 sq.

(2) Ou celle de l'existence d'une donation authentique, qui a été par la force des choses soumise aux droits.

(3) Marcel CLOS, *Les questions relatives à la preuve et l'application de l'article 45 de la loi du 13 juillet 1925*, *J. C. P.*, 1943, éd. N, I, 361, n° 9, *in fine*.

(4) *Revue de l'Enregistrement*, n° 8370, cité par M. CLOS, art. cité, note 21.

(5) Cf. TRASBOT, *Rev. crit.*, 1930, pp. 296-298, n° xv.

§ 3. Les présomptions légales du droit civil.

Le fisc n'est pas, en effet, la seule personne que le législateur ait eu le désir de protéger d'une manière spéciale et de dispenser de faire une preuve souvent délicate. Il est d'autres personnes que le donateur a pu tenter de frustrer par des actes dont le caractère gratuit ne serait pas apparent : ce sont essentiellement les héritiers, qui bénéficient dans certaines cas de présomptions légales.

Les présomptions dont il s'agit ici portent sur la nature de l'acte, et non pas sur son effet : différentes en cela de celles qui résultent de divers textes, et notamment de l'article 1463 du Code civil qui présume la renonciation à communauté de la femme divorcée ou séparée de corps qui n'a pas accepté dans les trois mois et quarante jours, mais sans dire quelle est la nature gratuite ou onéreuse de cette renonciation : nature le plus souvent onéreuse d'ailleurs, à raison de l'état de tension existant entre les époux.

Si l'on fait abstraction pour l'instant du régime des avantages matrimoniaux, les présomptions légales du Code civil sont essentiellement au nombre de deux ; elles résultent des articles 854 et 918.

I. — L'article 854, placé à la section « Des rapports », précise qu'« il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ».

Ce texte se prononce sur la nature de libéralité en même temps que sur l'obligation au rapport : les deux notions sont liées : seules les libéralités sont soumises au rapport, et toutes les libéralités, même indirectes, y sont soumises (art. 843). Précisément le cas sur lequel se prononce le texte est l'un de ceux où il est le plus facile de réaliser des avantages indirects : la société est un acte complexe, il est très difficile d'apprécier si la répartition des bénéfices correspond à la valeur des apports respectifs¹. Craignant que cette « neutralité » de l'acte ne permette trop facilement d'avantager l'un des héritiers au détriment des autres, la loi a établi une règle particulière lorsque la société est conclue entre ascendants et descendants².

Si la société a été conclue par acte notarié, on reste sous l'empire du droit commun : il n'y a lieu à rapport que si l'on prouve que l'héritier a retiré de la société des avantages anormaux, des avantages qui ne peuvent s'expliquer que par l'intention libérale de l'ascendant, et ce sera aux cohéritiers qu'il appartiendra de prouver qu'il y a eu donation, qu'il y a eu « fraude » pour reprendre les termes de la loi. C'est qu'en pareil cas la forme employée donnait à l'acte une certaine publicité, et le législateur a pensé, non sans quelque optimisme, que dans ces conditions, le *de cujus* hésiterait davantage à y insérer des stipulations par trop avantageuses pour l'un de ses héritiers. La même raison si elle était exacte vaudrait d'ailleurs aujourd'hui pour toutes les sociétés commerciales, nécessairement soumises à publicité en vertu de la loi de 1867 : mais le texte légal resté inchangé empêche de les assimiler aux sociétés authentiques³.

(1) C'est pourquoi la loi, en prohibant la société léonine (art. 1855), n'exige pas la proportionnalité des apports et des bénéfices.

(2) Cf. RIPERT et BOULANGER, t. III, n°s 2887 à 2889 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1230, p. 636.

(3) RIPERT et BOULANGER, *loc. cit.*, n° 2888.

Les sociétés sous seings privés sont au contraire frappées d'une présomption de gratuité ; on ne saurait soutenir qu'il s'agit d'actes onéreux exceptionnellement soumis aux règles du rapport, car il resterait à expliquer pourquoi le législateur a éprouvé le besoin de soumettre à ces règles des actes onéreux¹. Mais quel est le domaine de cette présomption de gratuité ? Il paraîtrait au premier abord tout à fait général, d'après l'argument *a contrario* que fournit le texte légal où l'on ne trouve aucune discrimination entre les clauses du pacte social : tous les avantages que le successible a retirés de la société seraient présumés libéralités ; c'est-à-dire que, une fois prouvée l'existence d'une prestation matérielle reçue par le successible, on présumerait à la fois l'absence de contre-partie et l'intention libérale. Tel n'est point toutefois l'avis de la jurisprudence : pour elle, c'est seulement l'intention libérale qui est présumée, mais le fait que l'avantage est sans contre-partie doit être prouvé : la présomption ne joue que si le successible retire du contrat un avantage net qui ne correspond de sa part à aucune prestation² et l'on se montre très large dans l'appréciation de l'indemnité due à l'héritier associé pour rémunérer son activité ou ses capitaux³. Les auteurs et les tribunaux traduisent souvent cette idée en disant que la présomption ne joue que jusqu'à preuve contraire et qu'elle est détruite par la preuve de l'existence d'une contre-partie ; les deux formules sont plus différentes dans l'apparence que dans la réalité : le plus souvent il n'y aura pas contestation sur les prestations reçues de part et d'autre et le différend ne portera que sur l'intention libérale. En tout cas, la présomption de la loi est une présomption simple : elle est écartée lorsque le défunt aura voulu dispenser son héritier du rapport, dispense qui pourra être, non seulement formelle comme dans les donations authentiques, mais même simplement virtuelle comme dans les donations déguisées et indirectes⁴. Mais alors les autres règles des donations, celles qui sont indépendantes de la volonté du disposant, recevront application.

On a reproché à cette jurisprudence de ne pas respecter le texte de l'article 854, de ne pas réaliser « un heureux équilibre des intérêts en jeu »⁵. Nous pensons, au contraire, qu'elle a fait de la loi une application judiciaire ; qu'en présence d'un texte apparemment exceptionnel, il faut s'attacher à l'harmoniser avec l'ensemble du droit plutôt que d'y voir une règle particulariste. Or les présomptions irréfragables sont toujours dangereuses, car on peut souvent leur reprocher de consacrer sous une forme détournée et un peu hypocrite une règle de fond, ayant sa valeur propre. La jurisprudence s'est refusée à donner cette portée à l'article 854 ; elle n'a point voulu y voir une dérogation aux règles générales du rapport : cette disposition n'a d'intérêt qu'en ce qui concerne la charge de la preuve⁶.

(1) On prétendra, par un raisonnement analogue, que la possibilité d'exercer l'action en retranchement des avantages matrimoniaux n'implique pas nécessairement le caractère gratuit de ces avantages. Mais pourquoi aurait-on soumis à réduction des actes onéreux ? Le raisonnement est semblable à celui indiqué au texte, il est entaché du même vice. (Cf. *infra*, section 2).

(2) Cf. : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2889 ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. V bis par LE BALLE, n° 835-2° ; Douai, 21 juin 1906, consorts Alleyrat c. Fraignac, S., 1907, 2, 57, note WAHL ; D. P., 1908, 2, 225, note PLANIOL ; Douai, 13 janvier 1932, veuve Poulain c. consorts Poulain, D. H., 1932, Somm. p. 40, et le commentaire de M. VIALLETON, *Rev. crit.*, 1933, pp. 137 sq.

(3) Req. 29 déc. 1858, Artaud c. Artaud, D. P., 1859, 1, 219 ; 19 nov. 1861, Mailard c. Maillard, D. P., 1862, 1, 139 ; 17 août 1864, Dubois c. Hivert et Pellevoisin, D. P., 1865, 1, 304.

(4) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, § 1^{er}.

(5) RIPERT et BOULANGER, *loc. cit.*

(6) *Sic* : CARBONNIER, thèse, p. 770.

II. — Pourra-t-on en dire autant de l'autre présomption consacrée par la loi ? L'article 918 s'est prononcé à propos de la réduction, et non plus du rapport; et, si l'on peut déduire de son texte une solution intéressant cette dernière question, c'est au contraire une présomption de dispense de rapport. Il envisage le cas où le défunt a consenti des aliénations à fonds perdu, ou à charge de rente viagère, ou avec réserve d'usufruit au profit d'un de ses successibles en ligne directe. En pareil cas, « la valeur en pleine propriété des biens aliénés... sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté à la masse ».

La signification de ce texte a donné lieu à de longues controverses¹, qui ont connu il y a quelques années un regain d'actualité. Les uns estiment qu'il édicte une présomption de déguisement : présomption que la réserve d'usufruit n'a pas été effective, que les arrérages de la rente viagère n'ont pas été payés : de sorte qu'il y a eu en réalité donation de la pleine propriété du bien. Telle était la conception classique. Mais d'autres auteurs, à la suite de Demante², donnent au texte un autre sens : on ne doit pas présumer le déguisement d'un acte, et l'article 918 ne le fait pas. Mais les prestations fournies par chacune des parties, dans l'hypothèse qu'il régit, sont très difficiles à évaluer. La tâche des héritiers réservataires serait trop lourde si on leur demandait de prouver que l'acte contient une donation indirecte ; le législateur l'a facilitée en édictant une présomption d'avantage indirect³.

Pour savoir si cette présomption peut être combattue, et par quels moyens, il importe de déterminer d'abord son objet, et, pour cela, de choisir entre les deux explications qui en sont proposées. Dans la théorie classique, en présence d'un acte de la nature de ceux visés par le texte, on présume que l'avantage qu'il confère est sans contre-partie, et par conséquent qu'il a été provoqué par l'intention libérale ; l'objet de la donation sera en pareil cas la totalité du bien cédé, et l'on ne sera certainement pas admis à en déduire les arrérages versés, car les quittances établies sont présumées simulées. La doctrine de Demante et de M^{me} Béquignon-Lagarde conduit à des solutions différentes : on ne suspecte pas la sincérité de l'acte, mais on craint que, par le canal de cet acte sincère, l'une des parties n'ait eu pour but d'avantager l'autre au détriment de ses héritiers. Il y a donc bien présomption d'intention libérale, et cette présomption reste irréfragable. Mais la présomption d'absence de contre-partie est beaucoup moins forte : elle subsiste en principe, car en présence de prestations réciproques on ne voit pas comment la loi pourrait la faire disparaître : pour cela il faudrait dire dans quelle mesure existe la contre-partie, calcul qui nécessite un examen de chaque espèce et ne peut être fait de manière abstraite et générale par la loi. Mais les intéressés pourront prouver qu'ils ont réglé partie des arrérages, ou qu'ils ont payé le prix, et les quittances ou autres documents qu'ils produiront à cet effet ne seront pas suspectés par principe, ils pourront seulement être combattus par des présomptions contraires, ce qui est d'ailleurs le droit commun⁴. Lorsqu'ils seront établis, ces paiements viendront diminuer d'autant l'émolument de la donation, qui sera en quelque sorte une donation avec charge. Elle restera une donation, car la présomption d'intention libérale est irréfragable : les avantages

(1) Cf. JOLIVET, thèse, pp. 264-301 ; RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2688 à 2694 ; COLIN et CAPITANT, t. III, nos 1532 à 1537.

(2) Note au S., 1884, 1, 97, sous Civ. r. 14 janv. 1884.

(3) *Sic* : M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE, note au S., 1931, 2, 105, sous Riom, 5 juin 1929.

(4) Cf. *supra*, sect. 1, §§ 1 et 2.

obtenus seront présumés résulter d'une volonté de libéralité de l'une des parties, et non pas d'une inexacte appréciation par les contractants de la valeur de leurs prestations respectives. Si la présomption est *juris tantum* quant au montant de la donation, elle est *juris et de jure* quant au principe même de son existence.

A vrai dire, nous avons quelque peu schématisé l'exposé des deux théories, et nous devons reconnaître que, si plusieurs arrêts de cours d'appel ont admis le donataire à faire la preuve qu'il avait versé certaines sommes et à les déduire du montant de la donation, d'autres s'y sont refusés¹. Si bien que l'intérêt pratique de la controverse doctrinale qui vient d'être exposée se réduit le plus souvent à savoir si la réduction s'opérera en nature ou en valeur².

Quant au choix même entre les deux doctrines, il faut avouer qu'il est fort difficile ; les travaux préparatoires ne se prononcent pas nettement³ : Cambacérès parle de donation déguisée, mais il ne faut pas attacher trop d'importance à une terminologie qui à l'époque, comme encore malheureusement aujourd'hui, était très imprécise ; au contraire, Portalis fait des observations qui nous rattachent nettement à la théorie de l'avantage indirect.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, dont nous aurons à utiliser les éléments au cours de ce travail, il faut reconnaître que la jurisprudence de la Cour de cassation tend à se montrer assez stricte dans l'application de la présomption, qu'elle fait jouer même si le prix a été stipulé payable entre les mains des héritiers⁴.

Nous avons terminé par là l'étude des présomptions légales de droit commun. Reste une théorie qui, croyons-nous, se rattache aux mêmes principes, mais qui a donné lieu à de vives controverses, et dont l'importance mérite qu'on lui consacre de plus longs développements : la théorie des avantages matrimoniaux.

SECTION II

LES AVANTAGES MATRIMONIAUX

Il peut sembler à première vue paradoxal de faire place aux avantages matrimoniaux dans une étude sur les donations indirectes, et spécialement dans un chapitre consacré à la preuve de ces donations.

Même s'ils constituent des donations, leur insertion dans un contrat de mariage les dispense légalement des formes particulières aux donations, assistance d'un notaire en second⁵ ou acceptation expresse⁶. De sorte que le problème essentiel et délicat de la validité en la forme des donations indirectes est ici résolu par des textes spéciaux.

Mais il serait prématuré de conclure de là à l'inutilité de rechercher si les avantages matrimoniaux constituent ou non des donations indirectes.

(1) La Cour de cassation, dans un arrêt, il est vrai, très ancien, n'admet pas cette déduction : Civ. c. 26 janv. 1836, Bidon c. Bidon, S., 1836, 1, 297 et note conforme de DEVILLENEUVE.

(2) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, § 2.

(3) C. BÉQUIGNON-LAGARDE, note précitée, p. 106.

(4) Civ. c. 28 déc. 1937, demoiselle Perez c. demoiselles Perez, D. P., 1940, 1, 41, et note G. HOLLEAUX, J. C. P., 1938, 2, 615, et note signée R. D.

(5) Art. 9-2^o de la loi du 25 ventôse an XI, mod. par la loi du 42 août 1902.

(6) Art. 1087 C. civ.

Celles-ci, dispensées des formes des donations, en subissent les règles de fond ; il en sera de même des avantages matrimoniaux si on leur reconnaît la nature gratuite. Il est donc nécessaire de définir cette nature.

Du moins pourrait-on penser que cette étude aurait dû trouver place au chapitre précédent, où nous avons tenté de définir les éléments de la notion de donation. Nos prochains développements expliqueront que nous n'ayons pas suivi cet ordre. La nature gratuite ou onéreuse d'un avantage matrimonial n'apparaît pas à première vue. La dégager pose avant tout une question de preuve.

Nous nous en rendrons compte lorsque, après avoir défini la notion d'avantage matrimonial, nous étudierons le fondement du régime spécial auquel la loi a soumis de tels avantages, d'abord en général, puis à propos de chacune des hypothèses particulières qu'elle distingue.

§ 1^{er}. *La notion d'avantage matrimonial.*

L'avantage matrimonial, nous venons de le laisser entendre, n'apparaît nettement ni comme présentant la nature gratuite ni comme présentant la nature onéreuse. Mais cette indécision quant à sa nature véritable n'autorise pas à le faire échapper à la division des actes gratuits et des actes onéreux : il est procuré volontairement, et tous les actes volontaires qui créent un avantage au profit d'une personne le créent soit à titre gratuit soit à titre onéreux. S'il est **malaisé** d'en déterminer la nature, c'est qu'il se rattache à un ensemble, le régime matrimonial, dans lequel il est difficile de le situer exactement. C'est ce rattachement au régime matrimonial, soit quant à la forme, soit quant à la nature des biens, propres ou communs, sur lesquels il porte, qui nous paraît définir la notion même de l'avantage matrimonial.

I. — On observe chez certains une tendance à s'en référer presque exclusivement, pour définir l'avantage matrimonial, à son insertion formelle dans un contrat de mariage : tout avantage résultant pour l'un des époux du contrat de mariage serait un avantage matrimonial¹. Et logiquement il faudrait appliquer la même solution à tout avantage résultant du simple jeu du régime légal : il est sans intérêt, à cet égard, de rechercher si ce dernier peut valablement être considéré comme un contrat tacite, puisque la loi elle-même a prévu² qu'il pouvait en résulter des avantages matrimoniaux. Ainsi il suffirait, pour qu'un avantage rentre dans la notion juridique des avantages matrimoniaux, qu'il résulte du contrat de mariage ou du régime légal.

A notre connaissance cette tendance ne s'est manifestée, en termes d'ailleurs très prudents, que dans un jugement³ statuant sur une espèce où la reconnaissance de la nature d'avantage matrimonial devait avoir pour résultat de conférer à la disposition le caractère onéreux. Cette décision est une manifestation de la propension générale de la jurisprudence à réduire le domaine des donations. A cause de cela précisément et de l'hypothèse particulière sur laquelle elle statuait, elle nous semble, non seulement inexacte dans le cas particulier, mais encore, et en tout cas, insusceptible de recevoir une portée générale.

Les conventions matrimoniales peuvent en effet contenir des dispo-

(1) V. cette tendance dans : Trib. civ. Niort, 30 déc. 1910, S., 1911, 2, 259.

(2) Art. 1496 C. civ.

(3) Trib. civ. Niort, 30 déc. 1910, précité.

sitions de diverses natures : certaines, et même normalement le plus grand nombre, sont certainement et ouvertement onéreuses, le contrat de mariage étant un pacte de famille, un arrangement destiné à équilibrer autant que possible les intérêts patrimoniaux des deux époux ; d'autres dispositions sont aussi ouvertement gratuites, et cela est si vrai que la loi a prévu, en ce qui concerne les donations incluses dans un contrat de mariage, des règles de forme de faveur¹. L'insertion dans un contrat de mariage ou dans le régime légal ne suffit donc pas à individualiser l'avantage matrimonial, puisque la même condition est remplie à la fois par certaines conventions onéreuses et par des donations, qui sont certainement étrangères à la notion d'avantage matrimonial au sens propre. Si elle n'est pas suffisante, cette inclusion dans le régime matrimonial est cependant nécessaire : c'est au titre « Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux » que les avantages matrimoniaux sont réglementés. Ils sont comme les avantages indirects inclus dans la charte patrimoniale de la société conjugale, et l'on ne concevrait pas que le statut particulier qui est le leur, bénéficiât à des opérations qui ne fussent pas liées à la constitution même de cette société. L'immutabilité du régime exclut d'ailleurs l'idée qu'ils puissent résulter de faits postérieurs à cette constitution.

II. — Une seconde condition est donc nécessaire pour qu'il y ait avantage matrimonial, c'est que la disposition litigieuse porte sur les biens communs ; mais elle peut porter sur n'importe quels biens communs. Cette idée peut s'éclaircir de la comparaison que nous avons déjà indiquée des avantages matrimoniaux avec les avantages particuliers de la société commerciale : les avantages particuliers sont un mode spécial de répartition des bénéfices sociaux ou de partage du patrimoine social, ils portent sur des biens appartenant à la société ; s'ils portaient sur d'autres biens, ils ne pourraient plus s'intégrer dans le pacte social ; ce seraient des donations mal déguisées. De même, la notion d'avantage matrimonial ne peut justifier son autonomie, ne peut se distinguer utilement de celles de donation et d'acte onéreux, que si cette distinction, cette autonomie reposent sur une différence réelle de situation ; cette différence est la suivante : la société conjugale possède certains biens, les biens communs, qui lui sont spécialement affectés, elle bénéficie également des revenus des propres et des fruits du travail des époux ; ce sont là essentiellement les biens « sociaux », sur lesquels on peut consentir des avantages particuliers à l'un des époux, sans que pour autant il y ait nécessairement libéralité, alors qu'on ne peut pas affirmer non plus en tout cas qu'il s'agit d'un acte onéreux.

Cette définition peut se prévaloir de l'autorité de nombreux arrêts de la Cour de cassation qui décident qu'un avantage qui porte sur les biens propres de l'un des époux est une donation, et non un avantage matrimonial² : ils ont même décidé que lorsqu'une clause unique du contrat créait un avantage portant à la fois sur les propres et sur les acquêts, le caractère de donation s'étendait à la totalité de l'avantage ; il a fallu des situations de ce genre pour permettre à la jurisprudence de se prononcer sur la nature des clauses portant sur les propres, même en usufruit seulement,

(1) Cf. *supra*, cette section, *in limine*.

(2) Req. 9 fév. 1875, Archdéacon c. Enregistrement, *S.*, 1875, 1, 183, *D. P.*, 1875, 1, 265 ; Civ. c. 5 juill. 1876, Enregistrement c. veuve Leclercq, *D. P.*, 1877, 1, 36, *S.*, 1877, 1, 230 ; Civ. c. 9 août 1881, Loyer c. Enregistrement, sol. implicite, et le rapport du conseiller Dareste, *D. P.*, 1882, 1, 82, *S.*, 1882, 1, 382. C'est peut-être en ce sens aussi qu'il faut interpréter : Req. 11 mars 1931, dame de La Ville Beaugé c. consorts de La Ville Beaugé, *D. P.*, 1931, 1, 132, *S.*, 1931, 1, 338.

dont l'exclusion du domaine des avantages matrimoniaux n'était guère contestée et était reconnue par l'unanimité de la doctrine¹. Un auteur a donné ce critère : « Il suffit, pour savoir si une stipulation litigieuse doit être soumise aux règles des conventions de mariage et entre associés, de rechercher si elle affecte les biens communs ou les biens propres² ».

Les décisions rendues en sens contraire³ émanent de juridictions inférieures, plus portées que la Cour de cassation à assouplir le droit et à ramener au droit commun les donations ; certaines d'ailleurs n'ont vu la question que sous un angle qui lui enlevait tout intérêt pratique, justifiant par l'application de textes du droit commun des obligations un résultat dont la véritable raison juridique se trouvait dans les règles particulières des donations⁴. Quant à la Cour de cassation, ses arrêts du 19 décembre 1890 et du 2 août 1899⁵ touchent au point de savoir non pas quels sont les avantages matrimoniaux mais dans quelles conditions ces avantages peuvent être soumis au régime des donations ou à celui des actes onéreux : ils n'infirmant donc pas le principe que nous venons de poser.

Ce principe exclut l'existence d'avantages matrimoniaux sous les régimes qui ne comportent pas de communauté⁶. En pareil cas, il ne peut y avoir d'avantages au profit de l'un des époux⁷ que portant sur des revenus non encore capitalisés. On doit alors décider, par une interprétation extensive de l'article 1527, que de tels avantages ne présentent *jamais* le caractère de libéralités : il leur manque donc un des traits les plus originaux de la notion habituelle de l'avantage matrimonial.

§ 2. *Le régime général des avantages matrimoniaux.* *Recherche de son fondement.*

Si le caractère gratuit ou onéreux de l'avantage matrimonial n'apparaît pas au premier regard, il n'en doit pas moins exister : tout avantage volontairement procuré l'est forcément à titre gratuit ou onéreux. En l'absence de disposition légale spéciale, il aurait appartenu au juge, dans chaque cas particulier, de déterminer ce caractère d'après les circonstances pour appliquer ensuite à l'opération le régime juridique imposé par ce caractère.

Tel n'est pas le point de vue de notre droit positif. A tort ou à raison, le législateur a cru devoir fixer spécialement le régime applicable en pareil cas. Dans quels termes l'a-t-il fait ?

Du point de vue législatif, une première solution aurait pu se concevoir en ce qui concerne les avantages résultant pour l'un des époux de son

(1) Cf. notamment M. NAST, note au *D. P.*, 1937, 2, 27 : notes 1-2-3 de la p. 29 ; Ch. CROIZAT, *La notion d'avantage matrimonial*, *Rev. crit.*, 1928, pp. 151-210, n°s 22 et 38.

(2) CROIZAT, art. précité, n° 38, p. 197. Que l'on n'objecte pas que le préciput constitue un avantage matrimonial même lorsqu'il bénéficie à la femme renonçante (PLANIOL, RIPERT et NAST, t. IX, n° 967) : même alors, il porte sur des biens qui ont été communs, et constitue un mode particulier et forfaitaire de partage de la communauté.

(3) Nîmes, 10 janv. 1927, Lortet c. Verdet, *S.*, 1928, 2, 158 ; Trib. civ. Niort, 30 déc. 1910, précité, *S.*, 1911, 2, 259.

(4) Trib. civ. Arras, 11 déc. 1935, consorts Gianola et demoiselle Dautrebande c. veuve Gianola-Clairet, *S.*, 1936, 2, 102, *D. P.*, 1937, 2, 27, et, sur appel, Douai, 27 juill. 1937, *S.*, 1938, 2, 109.

(5) Cf. *infra*, §§ 2 et 3.

(6) *Sic* : SAVATIER, *Cours*, t. III, n° 641, p. 339.

(7) Spécialement du mari sous le régime dotal pur et simple ou sous le régime exclusif de communauté.

régime matrimonial : l'avantage ne constituerait jamais une libéralité s'il résultait du simple jeu du régime légal, il en constituerait toujours une s'il résultait de l'adoption conventionnelle d'un régime ou d'une clause particulière¹. Cette distinction se recommande de sa simplicité, qui supprimerait toutes les questions délicates qu'a posées la délimitation du domaine des avantages matrimoniaux : il suffirait d'une appréciation matérielle des effets du régime. Mais, comme tout ce qui est trop simple, cette doctrine est factice ; elle l'est à tel point que jamais, à notre connaissance, elle n'a été sérieusement soutenue : les auteurs ne l'exposent qu'à titre d'hypothèse, et pour montrer ensuite qu'elle ne peut être retenue² ; et, si on trouve dans certaines décisions de juridictions inférieures des motifs qui paraissent s'y rattacher, c'est à titre purement incident, et pour venir renforcer une argumentation dont les bases les plus solides se trouvent ailleurs³.

Lorsque cette thèse veut distinguer régime légal et régimes conventionnels, elle contient une part de vérité : encore que, en droit international privé notamment, il soit courant d'assimiler le régime légal à un contrat tacite, la doctrine moderne repousse à juste titre, en ce domaine comme en beaucoup d'autres, les explications fondées sur des fictions de volontés ; elle ne leur reconnaît en tout cas qu'une valeur technique. Mais il reste que, si l'adoption du régime légal n'est le plus souvent le résultat que de la négligence des futurs époux, il pourra arriver qu'elle soit le fruit d'un calcul, et il serait injustifié, en pareil cas, de dire qu'il n'y a pas libéralité, sous prétexte que les époux ont, par leur silence, provoqué le jeu d'une règle légale, d'ailleurs facultative, au lieu de la confirmer par un acte en forme. La donation indirecte peut résulter d'une abstention volontaire, aussi bien que d'un acte positif⁴ ; à plus forte raison en est-il ainsi lorsque cette abstention est accompagnée d'un acte positif, le mariage, qui, s'il n'a pas pour but essentiel, a du moins pour effet de soumettre ses auteurs à un statut légal dont le résultat peut être d'avantager l'un d'eux. S'il est exagéré d'affirmer catégoriquement, avec la Cour de Paris⁵, que « nul n'étant censé ignorer la règle légale, qui fait de la communauté le régime matrimonial des époux n'ayant pas de contrat de mariage, le défaut de contrat n'est légalement autre chose qu'une convention tacite de communauté », cela pourra être vrai dans des cas qui, s'ils sont très peu nombreux par rapport à l'ensemble des mariages sans contrat, le sont beaucoup plus si on se limite au cas où les époux ou l'un d'eux possédaient une fortune importante ou avaient l'espoir d'en recueillir une, condition nécessaire pour que l'on puisse parler d'avantage matrimonial. Et cela suffit à exclure toute distinction générale fondée sur l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage.

S'il en était besoin du reste, la comparaison des articles 1496 et 1527 du Code civil suffirait à démontrer que l'origine légale ou conventionnelle des avantages matrimoniaux n'exerce pas d'influence, ou du moins pas d'influence prépondérante, sur leur nature.

(1) Cf. RIPERT, *Cours de doctorat*, p. 264.

(2) RIPERT, *loc. cit.*

(3) Voir par ex. : Trib. civ. Libourne, 20 mars 1945, époux Monvielle et Henry c. consorts Chatelier, *Rec. Gaz. Pal.*, 1945, 2, 82, où ce motif vient à l'appui de la théorie, des plus contestables, selon laquelle, même en présence d'enfants d'un premier lit, les avantages matrimoniaux ne sont pas assimilés aux libéralités.

(4) Cf. *infra* : 2^e partie, titre 2, ch. 1^{er}, sect. 1^{re}, § 2 ; PÉLISSIE DU RAUSAS, thèse citée, pp. 139-142.

(5) Paris, 30 nov. 1910, veuve Pavé-Tatat c. Pavé fils et époux Vinet, *D. P.*, 1915, 2, 9, et note DE LOYNES.

C'est une autre distinction, qui se dégage des textes : elle se fonde sur une circonstance extérieure, et qui au premier abord paraît sans relation avec la nature de l'opération : les avantages matrimoniaux revêtent le caractère onéreux lorsqu'ils sont consentis entre des époux dont aucun n'a d'enfants d'un précédent mariage ; ce sont, au contraire, des libéralités, lorsqu'il existe des enfants d'un premier lit. Les articles 1496 et 1527 posent cette distinction quand il s'agit de l'exercice de l'action en réduction des libéralités, ou plus exactement de l'action en retranchement. Doit-elle être étendue aux autres règles des libéralités, rapport, révocation, etc... ? Cette question, comme d'autres d'ailleurs, est sous la dépendance du fondement de la distinction, que nous devons maintenant rechercher.

Ce qui déroute l'interprète, c'est que cette antinomie entre la gratuité et le titre onéreux soit fonction d'un élément aussi étranger à la question que l'est l'existence ou l'absence d'enfants d'un premier lit. Les thèses qui ont prétendu l'expliquer peuvent se ranger en deux catégories. Les unes recourent à l'idée de fiction, elles considèrent que les avantages matrimoniaux présentent, en réalité, toujours la même nature, gratuite pour certains auteurs, onéreuse pour d'autres, et que, si la loi leur attribue parfois une autre nature, c'est par l'effet d'une pure fiction. D'autres théories se réclament de l'idée de présomption légale : elles admettent que, par la nature des choses, les avantages matrimoniaux peuvent revêtir tantôt le caractère gratuit, tantôt le caractère onéreux ; pour simplifier les recherches, la loi présume, suivant des circonstances objectives, l'existence de tel ou tel de ces caractères opposés.

La première idée qui est venue à l'esprit, pour résoudre l'antinomie, a consisté à dire que, dans l'un des deux cas, la solution légale était une fiction. Malheureusement tous les auteurs ne sont pas d'accord pour dire lequel, et certains sont même tellement hésitants qu'ils reconnaîtraient volontiers que dans les deux cas il y a fiction.

I. — Aux yeux de certains, les avantages matrimoniaux présentent naturellement le caractère onéreux¹ et la fiction consiste à leur reconnaître parfois le caractère gratuit. L'un de ceux qui ont déployé les efforts les plus ingénieux pour soutenir cette thèse est sans conteste M. Carbonnier².

Pour lui, le régime matrimonial, notamment mais non exclusivement le régime de communauté, est une société, non seulement parce qu'il utilise en vue d'un but commun les biens de deux personnes, mais encore parce qu'il jouit au moins d'une personnalité morale atténuée. Les avantages matrimoniaux sont les avantages particuliers de la société conjugale, et, pas plus que ceux de la société anonyme, ils ne peuvent être considérés comme réalisant une donation d'un associé à un autre. En effet, pour qu'il y ait donation, il faut, selon M. Carbonnier, qu'un bien passe du patrimoine du donateur au patrimoine du donataire. Or l'avantage particulier passe du patrimoine de l'être moral, société ou communauté, à celui du bénéficiaire, associé ou époux ; cela exclut toute idée de libéralité en faveur d'un autre associé ou de l'autre époux. L'auteur remonte même plus haut dans la démonstration, et prétend établir que « les déplacements de valeurs auxquels donne lieu le mécanisme social sont naturellement incompatibles avec le titre gratuit »³. A aucun moment de la vie de la société, il n'y

(1) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 553 ; M. NAST, note au *D. P.*, 1938, 1, 57, sous Civ. c. 2 nov. 1937, veuve Hartmann c. consorts Hartmann ; Pol ROBERT, thèse, Nancy, 1914, not. pp. 185 sq.

(2) Thèse citée, chap. 3, sect. 2, pp. 663 sq.

(3) Thèse citée, p. 776.

a d'avantage consenti sans contre-partie : ni au moment de la mise en commun des apports, car chaque associé reçoit en échange sa part sociale, nécessairement égale à l'apport puisque c'est le droit aux bénéfices futurs, valeur aléatoire déjouant toute appréciation numérique ; ni au moment de la répartition des bénéfices, puisque ces bénéfices ne sont distribués que moyennant extinction d'une créance de l'associé contre la société.

Il est aisé de réfuter cette thèse, qui abuse des mécanismes purement techniques : elle repose sur une conception erronée à la fois du régime matrimonial et de la donation.

Conception erronée du régime matrimonial : il n'est plus guère soutenu aujourd'hui que la communauté constitue un patrimoine distinct jouissant de la personnalité morale¹, et cette conception d'une personne morale s'appliquerait plus difficilement encore aux autres régimes.

Mais, quoi qu'il en soit de ce point, la thèse se heurte à une objection bien plus grave : la question de savoir si l'avantage est procuré à son bénéficiaire directement par le patrimoine de l'autre époux ou bien par l'intermédiaire du patrimoine distinct interposé entre les deux n'est nullement déterminante, et les développements de M. Carbonnier reposent sur une conception erronée de la donation indirecte, conception que nous avons déjà essayé de réfuter au précédent chapitre. Ce serait nier l'idée même de donation indirecte que de prétendre que celle-ci ne peut exister que si le bénéfice en passe directement du patrimoine du donateur dans celui du donataire sans l'intermédiaire d'un tiers patrimoine. Ce serait restreindre considérablement et sans raison son domaine que de refuser de voir une donation indirecte dans un acte où un avantage est procuré à une partie moyennant une contre-prestation qui, intentionnellement, a été fixée à un chiffre inférieur à la valeur de l'avantage.

Si la démonstration de M. Carbonnier apparaît trop ingénieuse pour être convaincante, les auteurs classiques, tels Colin et Capitant², avaient déjà justifié d'autre manière le caractère naturellement onéreux des avantages matrimoniaux. Justification double en réalité : selon les éminents auteurs, « la cause de l'acte n'est pas l'intention libérale » : tantôt, le prétendu avantage n'a pour but que de rétablir l'équilibre des patrimoines des époux, que risquait de rompre l'inégalité de leurs apports en communauté, et, en ce cas, ce n'est pas seulement l'élément intentionnel, c'est également l'élément matériel de la libéralité qui fait défaut ; mais, même lorsque existe apparemment cet élément matériel, il n'y a pas non plus libéralité, car le désir de l'époux qui paraît se dépouiller est moins celui « de faire à l'autre une libéralité que celui d'assurer au survivant le moyen de subsister convenablement ; en d'autres termes, l'avantage envisagé est l'*acquiescement éventuel de l'obligation* qui astreint mutuellement les époux à se mettre réciproquement, même après leur mort, à l'abri du besoin ».

De cette conception, se déduit que les avantages matrimoniaux ont, par la nature même des choses, le caractère onéreux : si, dans certains cas, on les a assimilés aux libéralités, c'est par une pure fiction, qui doit être restreinte le plus possible : à en croire certaines décisions de justice³, il n'y aurait même pas fiction de libéralité, mais seulement application d'une

(1) Cf. RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 239 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 176.

(2) T. III, 9^e éd., 1945, n° 553, p. 307.

(3) Nancy, 25 fév. 1891, consorts Firino c. veuve Gréaud et autres, *D. P.*, 1891, 2, 353 et note M. PLANIOL, *S.*, 1892, 2, 65 et note G. BOURCART ; Trib. civ. Libourne, 20 mars 1945, époux Monvielle et Henry c. consorts Chatelier, *Rec. Gaz. Pal.*, 1945, 2, 82. — Cf. *infra*, § 4.

action spéciale en retranchement, dont la mesure seule, et non la nature, serait déterminée par analogie avec l'action en réduction des donations pour atteinte à la réserve. A tous autres points de vue s'appliqueraient les règles des actes à titre onéreux.

Même en excluant cette forme extrême que lui a donnée la Cour de Nancy, et sur laquelle nous reviendrons, la théorie de la fiction de libéralité ne saurait être retenue, ni dans sa partie positive, ni dans sa partie négative.

Elle affirme d'abord que les avantages matrimoniaux ont, par nature, le caractère onéreux. Mais, des deux arguments sur lesquels Colin et Capitant l'appuient, l'un semble inexact, et l'autre insuffisant.

Nous avons déjà dit ce que nous pensions de ces obligations naturelles *post mortem*, qui sont de purs mythes¹, et qui, en tout cas, ne pourraient être que des obligations de faire donation, dont l'exécution revêtirait un caractère gratuit, libéral.

Reste, il est vrai, l'autre explication, selon laquelle l'avantage serait onéreux parce qu'il aurait pour but de compenser un déséquilibre résultant du régime matrimonial. Ce sera souvent exact, mais non toujours : Colin et Capitant le précisent, et c'est justement pour les cas où il n'en est pas ainsi qu'ils ont été obligés d'imaginer l'autre explication, dont nous avons vu qu'elle était inacceptable. Dès lors, c'est seulement dans certains cas que l'on peut affirmer que l'avantage a un caractère onéreux, et l'on ne peut dire que ce soit nécessairement une fiction que de le considérer parfois comme une libéralité.

Nous pressentons ainsi que, même dans sa partie positive, la théorie de la fiction de libéralité doit être rejetée : si le caractère onéreux des avantages matrimoniaux ne peut être affirmé à coup sûr lorsque l'un des époux n'a pas d'enfants d'un précédent mariage, à plus forte raison lorsqu'il existe de tels enfants.

II. — C'est pourquoi de nombreux auteurs ont renversé la thèse qui vient d'être exposée et ont estimé au contraire que l'avantage matrimonial constituait par nature une libéralité, et que la fiction de la loi consistait, en cas de premières noces, ou plus exactement d'inexistence d'enfants d'un premier lit, à l'assimiler à une opération onéreuse². C'est en ce sens également que s'est prononcé un arrêt, qui paraît être resté isolé, de la Cour de Paris³.

Ce point de vue pourrait sans doute se recommander de textes⁴, qui en indiquant que certaines clauses, le préciput, l'attribution totale de la communauté à l'un des époux, ne sont point « regardées » ou « réputées » comme des donations, laissent entendre, par le terme même qu'ils emploient que cela ne correspond pas toujours à la nature des choses. Un argument de cet ordre n'est jamais très convaincant ; il l'est d'autant moins ici que les textes peuvent s'interpréter aussi bien comme faisant violence à la réalité que comme mettant fin à un doute qu'aurait pu éprouver l'interprète

(1) Cf. *supra*, ch. 1^{er}, sect. 2, § 1^{er}, III.

(2) PLANIOL, note au D. P., 1891, 2, 353, et, dans un sens moins affirmatif, à la *Revue critique*, 1892, pp. 521-526 ; G. BOURCART, note au S., 1892, 2, 65, toutes ces notes sur l'arrêt de Nancy, 25 fév. 1891, précité ; — Laurent, Baudry-Lacantinerie, cités par RIPERT, *Cours de doctorats* ; G. DEGAND, *Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*, thèse Paris, 1916, p. 38, n° 44, à propos des clauses de partage inégal ; voir toutefois n° 49, p. 41.

(3) Paris, 30 nov. 1910, veuve Pavé-Tatat c. Pavé fils et époux Vinet, précité, D. P., 1915, 2, 9.

(4) Art. 1516 et 1525 C. civ. — En ce sens : BOURCART, *loc. cit.*

en face de telle clause : la solution légale qui tranche une situation ambiguë n'est pas nécessairement une fiction.

Si l'on abandonne le terrain des textes, la justification de la solution a été présentée, sous ses deux faces complémentaires, par Planiol et par M. Degand. En faveur du caractère libéral des avantages matrimoniaux, on peut d'abord invoquer un argument historique : l'Édit des secondes nocces ne visait dans son texte que les donations, et c'est la jurisprudence qui l'a étendu par interprétation aux avantages matrimoniaux ; l'on doit croire que cette extension est conforme à la nature des choses, car, si la doctrine récente¹ admet à juste titre le pouvoir des tribunaux de créer des présomptions de droit, cela nous paraît beaucoup plus contestable en ce qui concerne les fictions, dans la mesure du moins où celles-ci n'ont pas une valeur purement explicative². Mais surtout, en droit moderne, il faut observer que la loi fondamentale des sociétés est l'équilibre, la proportionnalité des bénéfices ; l'avantage matrimonial s'écarte de cette loi, il est donc en réalité une libéralité, et c'est par une fiction que la loi l'assimile aux opérations onéreuses ; fiction légale qui se justifie d'abord par un but de simplification, en vue d'éviter une liquidation compliquée entre le conjoint survivant et ses enfants, et également parce que l'avantage, souvent stipulé réciproque, se rapproche, au moins apparemment, des actes onéreux ; à quoi l'on peut ajouter que le régime matrimonial n'est pas seulement le statut d'une société pécuniaire, mais aussi l'accessoire d'une association d'existences en fonction de laquelle il doit être apprécié.

Telle est la thèse que Planiol exposait en 1891³ : est-elle indiscutable ? lui-même y apportait dès l'année suivante quelque atténuation : des deux points de vue adoptés par le législateur, écrivait-il⁴, l'un est une fiction, et l'on doit plutôt croire que c'est celui qui voit dans les avantages matrimoniaux des opérations onéreuses.

Allant plus loin, nous rejeterons la thèse elle-même. L'avantage matrimonial, dit-on, serait une libéralité parce qu'il rompt l'équilibre qui est la loi de toute société. Mais précisément nous avons vu, — et c'était la part de vérité de la doctrine adverse, — que souvent l'avantage matrimonial, loin de rompre l'équilibre des patrimoines en présence, corrige le déséquilibre que leur inégalité, combinée avec l'application de l'un des régimes du Code civil, risquait d'engendrer.

Quant aux autres arguments, ils tendraient plutôt à prouver que l'avantage matrimonial ne peut être considéré ni comme présentant toujours une nature onéreuse, ni comme présentant toujours une nature gratuite : sa réciprocité en fera souvent, quoique non nécessairement, un acte onéreux ; quant à l'association d'existences dans laquelle il s'insère, elle fournira souvent des compensations impondérables.

Ainsi, pas plus que la théorie de la fiction de libéralité, celle de la fiction de caractère onéreux ne constitue une explication valable et suffisante du régime légal, une traduction précise de la nature de l'avantage matrimonial. Après cet échec, une double voie s'offrait aux interprètes, l'une renforçant l'idée de fiction, que l'autre éliminait.

III. — La première a été explorée par M. Croizat⁵. Pour lui, les avan-

(1) GÉNY, *Science et technique*, t. III, n° 235, pp. 314 sq.

(2) Voir toutefois GÉNY, *op. cit.*, nos 248-250, pp. 420 sq.

(3) D. P., 1891, 2, 353. — Cf. aussi DEGAND, *loc. cit.*

(4) *Rev. crit.*, 1892, pp. 521-526, *in fine*.

(5) Article cité, *Rev. crit.*, 1928.

tages matrimoniaux ne sont ni des actes à titre onéreux ni des libéralités. C'est seulement pour des raisons particulières, on devrait dire par une fiction de la loi, qu'ils sont traités parfois comme les premiers, d'autres fois comme les secondes.

Où plus exactement ils ne sont jamais soumis au régime des actes onéreux, c'est ainsi que, même dans le cas, très proche du titre onéreux, où un avantage en nature est consenti moyennant une contre-prestation équivalente en argent, il n'est pas une opération onéreuse, puisqu'il n'est pas soumis au droit de mutation.

Raisonnement qui pèche par un vice que nous avons déjà rencontré dans la théorie générale des donations indirectes : si la clause de prélèvement moyennant indemnité, portant sur un bien commun, n'est pas soumise aux droits de mutation, c'est parce que, techniquement, elle ne réalise pas une mutation de propriété, elle est une opération de partage ; mais le partage, quoique déclaratif, est un acte qui est normalement onéreux et qui peut d'ailleurs contenir des dispositions gratuites. Il n'échappe pas à la *summa divisio*. Du même coup tombe toute la démonstration de M. Croizat, démonstration dont on a pu dire qu'elle était le « triomphe du flou »¹. Il voulait parvenir à faire échapper l'avantage matrimonial à la fois à la classe des actes onéreux et à celle des actes gratuits. Quant au premier point, son argument essentiel repose sur un raisonnement fallacieux. Sur le second, il est lui-même obligé de reconnaître que dans certains cas les avantages matrimoniaux sont traités comme de véritables libéralités : ils n'en sont pas pour autant, dit-il, car leur régime particulier tient seulement au but propre de l'action en retranchement. Mais encore faudrait-il expliquer pourquoi le législateur a institué et maintenu une action en retranchement des avantages matrimoniaux : il n'a pu le faire que parce qu'il a pensé que ces derniers risquaient d'entamer la réserve ; s'ils l'entament, c'est qu'ils sont faits sans contre-partie ; c'est donc qu'ils sont des donations.

IV. — Aussi est-ce dans une autre direction qu'il faut rechercher l'explication des règles légales : au lieu de dire que les avantages matrimoniaux ne sont ni des actes onéreux ni des actes gratuits, conclusion purement négative et qui ne devrait être qu'un *ultimum subsidium*, il faut affirmer qu'ils sont tantôt des actes onéreux, tantôt des actes gratuits.

Est-ce à dire que la distinction du Code civil ne fasse que traduire rigoureusement la réalité des choses ? On ne peut aller jusque-là. Une thèse purement réaliste aurait voulu que, dans chaque cas particulier, l'interprète déterminât, d'après tous les éléments de l'acte et toutes les circonstances qui l'entouraient, quelle était la nature de l'avantage : détermination difficile, et qui parfois se serait heurtée à une véritable impossibilité de fait dans un acte aussi complexe que le contrat de mariage. La loi a voulu parer à toutes ces discussions : elle a institué deux présomptions en sens inverse, à l'encontre desquelles il est impossible d'administrer la preuve contraire : si l'avantage est consenti en premières noces, il est irréfragablement présumé être à titre onéreux ; si l'un des époux a déjà des enfants d'un premier lit, il est non moins irréfragablement présumé constituer une libéralité.

Ce point de vue recueilli dans la doctrine moderne des adhésions de plus en plus nombreuses : déjà indiqué au début de ce siècle par Ferron²,

(1) CARBONNIER, thèse citée, p. 684.

(2) Note au S., 1900, 1, 233, sous Civ. r. 2 août 1899, Pety c. Behaghel.

Ambroise Colin¹ et Saleilles², il est adopté par Josserand³, Nast⁴, M. le doyen Ripert⁵ et M. Le Balle⁶. M. Ripert exprime ainsi la situation : « L'avantage matrimonial n'est par lui-même ni un acte à titre onéreux ni un acte à titre gratuit et il faudrait procéder à la double analyse de l'intention libérale et de l'appauvrissement pour voir si dans l'avantage on trouve les éléments de la libéralité. Mais le Code civil n'a pas voulu qu'on fasse cette analyse et il a établi deux présomptions⁷... ». Ce sont des considérations analogues que fait valoir Josserand, en ajoutant que la présomption de caractère onéreux est appliquée précisément dans les cas où elle ne nuit à personne, car à supposer qu'elle joue à faux, les enfants communs recueilleront dans la succession du survivant ce qu'ils auraient dû trouver dans le patrimoine du prémourant.

L'on a reproché à cette théorie de la présomption d'être purement verbale : une présomption irréfragable, dit-on, n'est pas autre chose qu'une fiction, elle aboutit au même résultat ; sous l'apparence d'une règle de preuve, elle établit en fait une règle juridique autonome : on sait, par exemple, quelles conséquences ont été tirées de la prétendue « présomption de responsabilité » de l'article 1384 § 1^{er} du Code civil. La méfiance envers les présomptions légales est d'ailleurs une tendance très générale de la doctrine moderne : « la liberté d'appréciation des juges est généralement préférable à l'application de présomptions légales trop souvent arbitraires »⁸.

Qu'il y ait dans cette critique une part de vérité, cela n'est que trop évident : même si on laisse de côté les hypothèses qui, comme la « présomption de responsabilité » de l'article 1384, n'ont de présomption que le nom, il existe des cas où la présomption légale peut tomber à faux, et où, malgré ce risque, et en connaissance de cause, le législateur lui attribue le caractère irréfragable.

Mais on ne peut pour autant l'assimiler à la fiction : il y a d'abord entre elles une différence dans le degré d'inexactitude : la fiction tombe en principe à faux, tandis que la présomption irréfragable ne doit tomber à faux que par exception : les cas où elle ne porte pas juste sont le déchet de l'institution, ils n'en sont pas le but⁹. Cette différence de degré est le signe et la conséquence d'une différence de fondement et de nature. « Tandis que la présomption légale se base sur des vraisemblances, et ne fait que généraliser, un peu témérairement, voire même contrairement au cours heurté des choses de la vie, du moins suivant la direction normale, et moyennant une conception optimiste de l'ordre du monde, des solutions isolées et fragmentaires, la fiction fait plus nettement front contre le naturel, ou ce que nous tenons pour tel, et, de parti pris, elle le méconnaît, le retourne ou le renverse, elle porte un défi violent à ce que la vue du monde semble nous imposer, pour aboutir, suivant une conception moins aveugle

(1) Note au D. P., 1901, 1, 433, sous le même arrêt.

(2) Cité par RIPERT, *Cours de doctorat*, p. 264 sq.

(3) *Cours*, t. III, n° 695.

(4) Dans : PLANIOL et RIPERT, t. IX, nos 962 et 973.

(5) *Cours précité*, p. 415.

(6) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. V bis, n° 835.

(7) RIPERT, *loc. cit.*

(8) FRÉJAVILLE, *Un texte à abroger : l'article 1450 du Code civil*, D., 1945, Chr. X, p. 48, col. 2, n° 16.

(9) Comp. les explications de Jhering à propos de la possession et de la prescription, positions avancées de la propriété. — Cf. aussi JOSSERAND, *Cours*, t. II, n° 969, p. 578.

et plus consciente, à un résultat en harmonie avec nos désirs¹. » Tandis que les présomptions règlent une question de preuve, les fictions « contribuent directement à accroître le nombre ou à développer le contenu des règles de fond ; ...elles aboutissent à assujettir la vie sociale au précepte jugé désirable ».²

Et suivant que le législateur poursuivra l'un ou l'autre but, le moyen technique employé sera soumis à des règles différentes. D'abord quant à ses conditions de mise en œuvre : la présomption, élément de preuve, sera induite d'une certaine situation de fait, objectivement considérée, tandis que la fiction, destinée à assurer le règlement des intérêts en cause, dépendra plutôt de la qualité des personnes en présence. Ensuite, quant à ses effets : une fois admise, la présomption vaudra, en principe, à l'égard de tous, tandis que la fiction, d'interprétation restrictive comme tout ce qui fait violence à la réalité, ne jouera que dans l'intérêt des personnes en faveur desquelles elle a été instituée. Enfin, une différence existe quant à la preuve contraire possible : sans doute, le caractère irréfragable fait en principe obstacle à une telle preuve, même à l'encontre de la présomption, mais cette règle souffre parfois exception, et il ne subsiste plus alors qu'une limitation quant aux modes selon lesquels cette preuve contraire peut être administrée³ ; au contraire, la fiction exclut, par définition même, la preuve contraire.

En étudiant chacun des deux régimes organisés par le législateur et la jurisprudence en ce qui concerne les avantages matrimoniaux, nous verrons que ces régimes s'accordent mieux avec l'idée de présomption qu'avec celle de fiction : cette démonstration positive complètera celle, négative, qui a été entreprise dans le paragraphe qui s'achève.

§ 3. *Le caractère onéreux des avantages matrimoniaux en l'absence d'enfants d'un premier lit.*

Déjà dans ce premier cas, l'idée de présomption légale va développer ses conséquences, soit quant aux conditions de son application, soit quant à sa force probante.

I. — D'une part, nous l'avons vu, ne sont considérés comme avantages matrimoniaux que ceux qui portent sur des biens communs, à l'exclusion de ceux consentis par un époux sur ses propres : ces dernières dispositions ne se voient donc pas appliquer les règles des actes onéreux, et cette limitation, conforme à la nature des choses et aux vraisemblances, s'accorde avec l'idée de présomption.

A un autre point de vue, il est vrai, la jurisprudence paraît contredire cette idée. Il s'agit de l'interprétation de la disposition finale de l'article 1525. Ce texte est, avec l'article 1516 relatif au préciput, le plus important de ceux qui posent l'assimilation des avantages matrimoniaux aux actes onéreux : il concerne la stipulation d'attribution totale de la communauté à l'un des époux, sauf à l'autre ou à ses héritiers à reprendre les

(1) GÉNY, *Science et technique*, t. III, n° 228, p. 261.

(2) GÉNY, *op. cit.*, n° 240, p. 360.

(3) L'exemple classique est celui de la présomption de paternité, qui ne peut être combattue que par la preuve de certains faits, jugés seuls décisifs par la loi. Un exemple plus récent est fourni par l'Ordonnance du 21 avril 1945 sur la nullité des actes de spoliation : la présomption de violence édictée par l'article 11 ne peut être combattue que par la preuve du juste prix.

apports et capitaux tombés en communauté de son chef, et ajoute que « cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés ». La même règle doit-elle s'appliquer si la clause ne réserve pas au survivant la reprise de ses apports ? Une telle clause est incontestablement licite¹, car à supposer qu'elle ne puisse être assimilée à une convention à titre onéreux, elle vaudrait comme donation entre futurs époux par contrat de mariage. Mais y a-t-il donation ? la Cour de cassation de Belgique l'a admis, dans des arrêts d'ailleurs anciens², et la jurisprudence française s'était d'abord prononcée dans le même sens³ : il y a donation dans la mesure où l'attribution porte sur les apports et capitaux. Mais une conception tout autre a finalement triomphé en France, affirmée solennellement en 1890 dans les motifs d'un arrêt des Chambres réunies d'autant plus symptomatique que la Cour de cassation, à la suite des juges du fond, aurait pu donner la même solution de fait en la conciliant avec sa jurisprudence antérieure puisqu'il s'agissait seulement en l'espèce d'une clause de partage inégal : mais elle proclame au contraire que, si la clause de partage inégal sans réserve de reprise d'apports est une convention de mariage et entre associés, c'est par un argument *a fortiori* tiré de ce que, en vertu de l'article 1525, il en est de même de la clause d'attribution totale⁴. Cet arrêt rompait avec la jurisprudence antérieure encore suivie dans l'affaire même par la Chambre civile ; rendu en matière fiscale, il devait être confirmé sur le terrain du droit privé par un arrêt du 2 août 1899, émané cette fois de la Chambre civile⁵.

Cette solution, il faut le reconnaître, marque un pas vers la théorie de la fiction : normalement les apports n'entrent en communauté que pour la jouissance, ou, s'ils y entrent pour le tout, c'est que l'apporteur devra trouver, lors de la dissolution, dans sa part de communauté, un équivalent forfaitaire, même si cette part est inférieure à celle de son conjoint. L'attribution totale de communauté, malgré la similitude profonde qu'elle présente avec la clause léonine qu'annule l'article 1835, peut encore présenter un caractère commutatif lorsqu'elle réserve la reprise des apports : elle peut se justifier par la différence des fortunes apportées en communauté, par l'activité plus grande de l'un des époux, destinée à profiter à la communauté. Ces motifs n'existent plus lorsque la reprise des apports est elle-même exclue : on ne compense rien, puisqu'on prive sans contre-partie une personne de ce qu'elle possédait. Sur ce point, par conséquent, le revirement de jurisprudence paraît regrettable : si toute présomption repose sur un calcul de probabilités, les chances de gratuité l'emportent nettement dans le cas particulier : on peut, il est vrai, supposer que par cette clause, stipulée au profit du survivant, les époux ont voulu s'assurer mutuellement des ressources en cas de survie, ce qui présenterait un cer-

(1) Cf. GRAULICH, *Contribution à l'étude de l'art. 1525. C. civ., Études Capitant*, pp. 259-271.

(2) Cf. GRAULICH, *loc. cit.*

(3) Civ. c. 9 août 1881, précité, Loyer c. Enregistrement, *D. P.*, 1882, 1, 82, *S.*, 1882, 1, 382, et surtout le rapport fait à la Chambre des requêtes, dans la même affaire par le conseiller Dareste.

(4) Ch. réun. rej. 19 déc. 1890, Grégoire c. Enregistrement, *S.*, 1891, 1, 129 et note A. WAHL.

(5) Civ. r. 2 août 1899, précité, Pety c. Behaghel, *S.*, 1900, 1, 233, *D. P.*, 1901, 1, 433. — Comp. Civ. r. 2 août 1937, veuve Bintz c. Bintz, *D. H.*, 1937, 534, *S.*, 1937, 1, 385, *J. C. P.*, 1937, 2, 429 et note R. D.

tain caractère onéreux : encore faudra-t-il pour cela qu'il existe entre leurs fortunes une égalité au moins relative.

A un autre point de vue, la jurisprudence est restée, autant qu'on en puisse juger par des arrêts déjà anciens, mais qui n'ont pas été contredits depuis, davantage fidèle à la théorie de la présomption.

C'est ainsi, nous l'avons vu, que lorsqu'une clause crée un avantage portant à la fois sur les propres et sur les acquêts, ce n'est pas un avantage matrimonial, même en tant qu'il porte sur les acquêts¹ : il ne bénéficie pas de la présomption de caractère onéreux. Dans la réalité abstraite, il présente bien les mêmes caractères ; pourant la présomption ne s'applique pas à lui, la preuve contraire est faite par les termes mêmes de l'acte : le fait que les deux objets aient été réunis en une seule disposition prouve l'unité d'inspiration qui a guidé les parties : en pareil cas, la donation « forme un tout indivisible, l'unité de son contexte révélant l'unité des motifs qui l'ont inspirée »². En présence de cette solution, on peut hésiter entre deux explications : ou bien la présomption ne s'applique plus en pareil cas, ou bien la preuve contraire est possible et résulte des termes mêmes de l'acte.

II. — Cette seconde explication nous paraît préférable : elle s'accorde avec une autre jurisprudence, d'où il semble résulter que la présomption n'est pas absolument irréfragable. Sur le terrain de la preuve plus encore que sur celui des conditions, nous nous éloignons de l'idée de fiction.

Sans doute, il ne suffira pas que les parties emploient le terme de donation pour que la présomption soit détruite et que l'avantage soit traité comme libéralité : notre droit n'est pas formaliste, et de vieilles traditions notariales conduiront souvent les parties à user de termes imprécis voire inexactes : le terme « donation » sera souvent employé sans que les conditions de la donation soient véritablement remplies, et la jurisprudence³ approuvée par la doctrine⁴ refuse d'attacher importance à une erreur de vocabulaire. Mais si l'intention libérale ne peut suffisamment résulter du terme employé, elle peut se déduire de la manière dont les parties ont conçu et combiné la clause. C'est ainsi que, dans plusieurs espèces où les parties avaient attribué au survivant une fraction de la part de communauté ou de société d'acquêts échue au prédécédé, la Cour de cassation a décidé, dans des arrêts d'autant plus intéressants que, rendus en matière d'enregistrement, ils pénètrent dans le domaine du fait, qu'il s'agissait de libéralité⁵ : les parties avaient envisagé un partage préalable par moitié de la communauté ou de la société d'acquêts, et, c'est ensuite seulement, sur la part devenue propre aux héritiers du prédécédé, que le survivant exerçait son droit : portant ainsi sur des propres, il n'avait plus le caractère d'avantage matrimonial, il devenait une libéralité : « C'est de la succession [du prémourant] que [la part de communauté, objet de la clause] a dû sortir pour entrer dans le patrimoine du survivant ; elle n'en est sortie que par la force de la donation faite et acceptée ainsi qu'il est dit au contrat

(1) Req. 9 fév. 1875, Archdéacon c. Enregistrement, précité, *S.*, 1875, 1, 183 ; *D. P.*, 1875, 1, 265 ; et, dans un sens très analogue, dans un cas où il s'agissait d'apports au lieu de propres (sous l'empire de l'ancienne jurisprudence), Req. 18 janvier 1888, Chaley c. Enregistrement, *D. P.*, 1888, 1, 174, *S.*, 1890, 1, 179.

(2) CROIZAT, art. cité, n° 30, pp. 190-191.

(3) Civ. 1^{er} août 1855, Enregistrement c. Vanloqueren, *D. P.*, 1855, 1, 355 ; Enregistrement c. Bourdon, *S.*, 1856, 1, 68.

(4) DEGAND, thèse citée, n° 51 bis, p. 42.

(5) Civ. c. 23 avril 1849, Enregistrement c. Vierray, *S.*, 1849, 1, 446, *D. P.*, 1849, 1, 112 ; Civ. c. 7 déc. 1870, Enregistrement c. Seillière, *S.*, 1870, 1, 437, *D. P.*, 1871, 1, 153.

de mariage ; il résulte à la fois de la nature de l'acte et de son sens littéral que la mutation s'est faite du prémourant au survivant des époux¹. » Un autre arrêt² donne une solution inspirée des mêmes principes ; son autorité est restreinte toutefois par le fait qu'il a été rendu dans le cas de secondes noces : deux époux se marient sous le régime dotal, dont l'adoption ne constitue pas une libéralité puisqu'elle n'entraîne aucun transfert de biens mais seulement l'attribution au mari d'un droit de jouissance destiné à subvenir aux charges du ménage ; à ce régime était adjointe une société d'acquêts dont le survivant devait avoir l'usufruit : lors du décès de la femme, ses enfants prétendent que l'usufruit constitue une libéralité au profit du mari ; ce dernier répond que, en fait, les héritiers de la femme bénéficient de la nue propriété de la moitié des acquêts, tandis qu'avec le régime dotal pur et simple, ils n'auraient eu aucun droit sur elle ; à plus forte raison ne devait-on pas considérer comme une libéralité lésant les héritiers une clause qui aboutissait à un régime plus favorable pour eux que le régime dotal pur et simple. Le Tribunal de Rouen³ avait admis cette argumentation, mais la Cour d'appel⁴ et la Cour de cassation la rejettent : « de ce que les époux n'ont pas fait ce qui leur était permis, on ne peut déduire que ce qu'ils ont fait ne leur était pas défendu ». C'est le mécanisme de la clause qui révèle qu'elle avait le caractère gratuit.

Ainsi, il a paru possible en certains cas d'admettre la preuve du caractère gratuit de l'avantage matrimonial. Et la raison nous en paraît simple : si la présomption est d'ordinaire irréfragable, c'est parce que, dans une situation de fait assez complexe, l'admission de la preuve contraire aurait pour effet pratique de supprimer l'utilité de la présomption et d'obliger chaque fois le juge à reprendre l'examen entier des faits. La présomption simplificatrice manquerait son but. Le même danger n'existe pas lorsque les éléments d'où résulte la preuve contraire sont inclus dans l'acte lui-même. Aussi la jurisprudence paraît transposer ici, inconsciemment d'ailleurs, la théorie de la preuve intrinsèque, admise en d'autres matières⁵. Mais est-ce vraiment ce caractère intrinsèque qui sera le critère de la preuve contraire admise ? Le problème doit être posé.

Nous avons vu que, parmi les éléments intrinsèques, tous ne doivent pas être retenus : on doit s'attacher à la volonté réelle des parties, traduite dans le mécanisme de l'acte, non dans les formules employées⁶. A l'inverse, ne devra-t-on pas parfois tenir compte de certains éléments extrinsèques ? Le cas a été soumis à la jurisprudence principalement à propos de la clause de communauté universelle. Celle-ci ne peut constituer une libéralité que si le but poursuivi par les époux a été, grâce à l'inégalité de leurs apports respectifs, d'avantager l'un aux dépens de l'autre. Il y aura preuve intrinsèque de la libéralité lorsque cette inégalité d'apports, faisant présumer l'intention libérale, résultera de la lecture du contrat de mariage. Le cas sera rare : lorsque les époux auront vraiment eu l'intention libérale, ils chercheront à la dissimuler, et il sera exceptionnel qu'ils fassent apparaître

(1) Civ. c. 23 avril 1849, Enregistrement c. Vierray, précité.

(2) Req. 13 avril 1858, Thierry c. héritiers Thierry, S., 1858, 1, 426.

(3) 22 janvier 1857, *ibid.*

(4) 25 juin 1857, *ibid.*

(5) Notamment pour la preuve du rapport de filiation adultérine unissant donateur et donataire : v. RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3526, pp. 1116-1117.

(6) Analogie avec la jurisprudence sur l'article 900 : ce texte ne s'applique pas si la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité : pour préciser ce point, les tribunaux se réfèrent non point aux termes qu'a employés le donateur ni à la volonté qu'il a manifestée même formellement, mais à sa psychologie réelle : cf. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 50 *in fine*, pp. 68-69.

dans le contrat l'inégalité de leurs apports. Peut-on, en pareil cas, admettre les intéressés à faire preuve de cette inégalité par des éléments extrinsèques ? L'ancienne jurisprudence résolvait cette question par la négative¹ et, encore aujourd'hui, il est courant d'affirmer que la règle du caractère onéreux des avantages matrimoniaux fléchit lorsque l'avantage « déguise manifestement l'intention de l'un des époux de faire une libéralité »² ; c'est au fond la même solution restrictive qu'exprime M. Le Balle lorsqu'il déclare que, à raison de la difficulté d'apprécier l'équilibre des conventions matrimoniales, les avantages qui y sont contenus ne sont pas soumis au rapport « tant que les cohéritiers du conjoint survivant ne sont pas en mesure d'établir la réalité d'une véritable donation déguisée »³. Sans s'arrêter à la *contradictio in terminis* que récite l'expression « déguisement manifeste », et à l'impropriété du terme de donation déguisée dans un cas où il s'agit plutôt de donation indirecte⁴, il faut rechercher quelle est la portée exacte de la jurisprudence citée.

L'arrêt *Blanchard* de 1843 a statué sur une espèce où, tandis que la femme avait fait un apport, franc et quitte de toutes dettes antérieures, de plus de cent soixante mille francs, le mari n'avait rien apporté, l'actif de la succession de son père, seul mentionné au contrat, étant inexistant. Dans l'espèce *Chaley* de 1888, d'ailleurs posée sur le terrain fiscal, la situation était renversée, mais tout aussi disproportionnée : le mari apportait plus de cinq cent mille francs, tandis que les seuls biens de la femme étaient exclus de la communauté. De ces deux décisions il est permis d'induire que le caractère d'avantage matrimonial ne sera exclu que lorsqu'il y aura une disproportion telle qu'il soit impossible de la considérer comme la compensation d'autres effets du régime⁵. On peut même ajouter que les termes du contrat, s'ils ne suffisaient pas à faire preuve par eux-mêmes de la disproportion des apports, constituaient du moins un indice en ce sens : dans le premier cas, la femme apportait tous ses biens sauf une exception très limitée (la négresse Juliette et ses enfants nés et à naître), tandis que le mari ne déclarait apporter qu'un droit limité (sa part dans la succession, encore indivise, de son père) ; dans le second, une exclusion de dix mille francs concernait les biens de la femme, non ceux du mari, et, à la suite de la communauté universelle, il était prévu au profit du survivant un usufruit de la totalité des biens communs, ce qui prouvait que l'une ou moins des clauses du contrat de mariage avait été inspirée par l'*animus donandi*, d'où la suspicion pouvait être étendue aux autres clauses. Il est donc permis de dire que, sans faire preuve complète du caractère gratuit, le contrat de mariage constituait au moins un commencement de preuve de ce caractère, répondant à la définition de l'article 1347 : ainsi ces arrêts pouvaient-ils s'accorder avec la théorie largement entendue de la preuve intrinsèque.

En tout cas, si l'on a pu les interpréter comme permettant d'établir l'intention libérale même par des preuves extrinsèques, cette solution nous paraît aujourd'hui nettement condamnée par une jurisprudence plus récente : dans un cas où la communauté légale avait été adoptée par

(1) Civ. r. 3 avril 1843, *Blanchard c. Sillian*, S., 1843, 1, 289 ; Req. 18 janv. 1888, *Chaley c. Enregistrement*, précité, D. P., 1888, 1, 174, S., 1890, 1, 179.

(2) Note non signée au S., 1931, I, 338 sous Req. 11 mars 1931, *dame de La Ville Beaugé c. consorts de La Ville Beaugé*.

(3) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. V *bis*, par LE BALLE, n° 835-1°, p. 549.

(4) Cf. H. NOUVEAU, thèse, 1943, p. 50.

(5) Par exemple, comme la compensation de l'inégalité des revenus du travail.

contrat de mariage, le mari apportait, outre des immeubles qui lui restaient propres mais dont le revenu allait à la communauté, des meubles pour la valeur de cinq millions, tandis que la femme ne faisait qu'un apport négligeable ; la Cour de Bordeaux, réformant le jugement du tribunal, refusa de voir là une donation, le choix du régime de la communauté légale constituant, « quelles qu'en soient les conséquences, une convention entre associés, et non une libéralité »¹ ; on prétendit, à l'appui d'un pourvoi en cassation, que les juges d'appel auraient dû rechercher si l'intention libérale du mari ne résultait pas des circonstances de la cause ; mais la Chambre des requêtes rejette ce moyen : les conventions matrimoniales sont des conventions à titre onéreux ; « la loi leur ayant attribué ce caractère, c'est avec raison que les juges du fond ont refusé de rechercher, — quelle que fût la différence entre les apports des époux, — si les avantages pouvant uniquement résulter pour la dame M. de la stipulation de la communauté légale provenaient d'une libéralité de la part du mari »². La situation, au cas d'adoption conventionnelle de la communauté légale, étant analogue à celle qui résulte d'une stipulation de communauté universelle, cet arrêt exclut, pensons-nous, d'une manière tout à fait générale, la preuve qu'une convention matrimoniale constitue en réalité une libéralité, lorsque cette preuve est tirée d'éléments étrangers au contrat lui-même.

Mais cette exclusion, qui ne joue que pour certains modes de preuve, laisse à la disposition légale sur la nature onéreuse des avantages matrimoniaux le caractère de présomption que nous lui avons reconnu.

Le même caractère apparaît lorsque, en présence d'enfants du premier lit, la loi reconnaît aux avantages matrimoniaux une nature gratuite. C'est la seconde face de la présomption.

§ 4. *Le caractère gratuit des avantages matrimoniaux en présence d'enfants d'un premier lit.*

A ce point de vue encore, la jurisprudence a posé des règles qui s'harmonisent avec l'idée de présomption légale, tandis qu'elles contrediraient celle de fiction. Cela apparaît soit quant aux personnes qui peuvent se prévaloir de la règle légale, soit quant à l'étendue des conséquences que l'on en peut tirer.

I. — La fiction, nous le rappelons, n'est qu'un moyen technique d'introduire indirectement une règle légale nouvelle ; et toute règle légale bien venue doit être prise en fonction des intérêts en présence. Si donc la gratuité des avantages matrimoniaux en cas de préexistence d'enfants d'un premier lit n'était qu'une fiction, cette fiction ne devrait s'appliquer que dans le seul intérêt de ces enfants, elle ne devrait pas profiter à d'autres. Or telle n'est pas la solution couramment admise en jurisprudence et en doctrine. La disposition légale peut être invoquée, non seulement par les enfants du premier lit, mais encore par ceux du second lit, et même par le premier conjoint divorcé de l'époux remarié.

Le retranchement des avantages matrimoniaux, demandé et obtenu par les enfants du premier lit, profite à ceux du second lit, s'il en existe, car ces derniers ne doivent pas être placés avec leurs frères et sœurs sur un pied d'inégalité³ ; la réduction doit faire l'objet d'un règlement unique.

(1) Bordeaux, 10 avril 1906, sous Req. 3 fév. 1908, cité à la note suivante.

(2) Req. 3 fév. 1908, époux Privat c. époux Bolo, S., 1913, 1, 516.

(3) Cf. : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2756.

Bien plus, en cas de négligence des enfants du premier lit, les enfants communs pourront exercer contre leur parent l'action en retranchement¹ : et pourtant, s'ils eussent été seuls, cette action leur eût été fermée. Ces solutions sont traditionnelles : la première est incontestée, et la seconde ne l'est guère moins².

Le rétablissement du divorce en France a posé un autre problème et a permis à la jurisprudence de donner une solution inspirée des mêmes considérations, mais plus discutée en doctrine. Des époux ont pu stipuler par contrat de mariage une donation de biens à venir au profit du survivant portant sur une certaine quotité, en pleine propriété ou plus fréquemment en usufruit, des biens propres du prédécédé ; le divorce est ensuite prononcé ; l'époux coupable se remarie et consent à son nouveau conjoint des avantages matrimoniaux ; puis il prédécède ; les enfants du premier lit obtiennent le retranchement ; le premier conjoint, survivant, à qui l'article 299 maintient le bénéfice des donations qui lui ont été faites par contrat de mariage, pourra-t-il, pour le calcul de ses droits sur le patrimoine du prédécédé, faire état des biens qui ne seront rentrés dans ce patrimoine qu'à la suite de l'exercice de l'action en retranchement ? Un vif débat s'est institué autour de cette question ; M. Capitant³ a soutenu la négative : pour lui, l'action en retranchement, organisée dans l'intérêt des enfants du premier lit, ne peut bénéficier au premier conjoint. La Cour de cassation s'est au contraire prononcée pour l'affirmative⁴ : pour elle, « l'action en retranchement a restitué le caractère de libéralité aux avantages indirects qui résultaient pour la [seconde épouse] du régime de la communauté ; les biens qui en étaient l'objet se sont détachés de la communauté pour tomber dans la succession [du mari] ; ils sont ainsi rentrés dans la masse et doivent être partagés avec le reste de la succession ; en conséquence, la donation en usufruit faite par contrat de mariage à la [première épouse] étant irrévocable, aux termes de l'article 1083 du Code civil, l'arrêt attaqué a décidé à bon droit que cet usufruit porterait sur la moitié de la succession entière..., sans en excepter les retranchements opérés sur les *libéralités indirectes*, résultant pour la seconde femme du régime de la communauté ». M. Savatier⁵ a montré que cette solution s'imposait dès lors que l'on admettait que les enfants du second lit, qui sont des tiers au même titre que le premier conjoint, profitent du retranchement demandé par leurs frères et sœurs du premier lit.

Et la logique voudrait que l'on allât plus loin encore, et que l'on permît au conjoint divorcé d'exercer lui-même l'action en retranchement. « Dans le domaine du droit privé, tout droit (sauf les droits que la loi déclare ne valoir que par voie d'exception) est sanctionné par une action »⁶, et nous ajouterons, renversant le raisonnement tenu par M. Percerou à propos d'une situation analogue, que, du moment que l'on reconnaît le droit du conjoint à bénéficier du retranchement, on est obligé de lui conférer l'action en retranchement. Sans doute, les motifs de l'arrêt *Galichon* réservent prudemment la question et préjugeraient plutôt du refus de

(1) RIPERT et BOULANGER, *loc. cit.*, et les auteurs cités ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1593, p. 828 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, t. IX, n° 984.

(2) Voir cependant RIPERT et BOULANGER, *loc. cit.*, *in fine*.

(3) Note au *D. P.*, 1923, 1, 161.

(4) Civ. r. 27 mars 1923, veuve Galichon c. époux de Montenart et de Cortéus et dame Sargentout, *D. P.*, 1923, 1, 161 et note CAPITANT ; *S.*, 1923, 1, 201, et note signée A. T. [Tissier].

(5) *Rev. trim.*, 1923, pp. 808-809.

(6) PERCEROU, note au *D.*, 1945, J., 329, sous Req. 19 mars 1945, époux Perrin c. Schwab et autres, p. 330, col. 1.

l'action en retranchement¹ ; dans le seul arrêt qui, à notre connaissance, ait tranché la question, la Cour de Paris² donne la même solution négative. Mais cette jurisprudence n'est encore qu'en formation, et il faut souhaiter que finalement prévalent les exigences de la logique.

En tout cas, les deux solutions déjà acquises devant la Cour de cassation démontrent au même titre que ce n'est pas seulement au regard des enfants du premier lit, mais au regard de tous que l'avantage matrimonial prend une nature gratuite. Cette gratuité n'est pas une fiction, dont le bénéfice serait logiquement limité aux enfants du premier lit ; c'est une présomption, qui profite et nuit à tous ceux qui sont mêlés, de près ou de loin, à ce rapport juridique, la présence d'enfants d'un premier lit étant seulement l'élément objectif qui fait jouer cette présomption.

II. — Présomption de « libéralité indirecte », — ces deux mots figurent dans l'arrêt de 1923 — elle est opposable à tous ; elle joue également à tous les points de vue. Si elle était une fiction, au contraire, elle ne devrait jouer que dans la stricte mesure où la loi l'a instituée, ou du moins on ne devrait l'étendre qu'avec une grande circonspection. C'est précisément ce qu'ont prétendu certaines décisions judiciaires, dont l'une est toute récente, et qui ont même dépassé la théorie de la fiction. Pour elles, il n'y a même pas, à l'égard des enfants du premier lit, fiction que les avantages constituent une libéralité ; l'action en retranchement est une action propre, dont les articles 1496 et 1527 fixent la mesure, mais non la nature, par référence à l'article 1098 du Code civil.

Cette conception a reçu de M. Carbonnier sa forme doctrinale. Pour lui, nous l'avons rappelé plus haut, les avantages matrimoniaux « sont les avantages particuliers de la société conjugale »³ ; ils ne sont pas des donations ; et ce principe continue à jouer même en présence d'enfants issus d'un premier lit. Il y a seulement alors une réglementation spéciale des avantages particuliers, analogue à celle que contient, pour les sociétés par actions, la loi du 24 juillet 1867. Dans le cas envisagé, il existe en effet deux sociétés conjugales, successives sans doute, mais dont la première a des intérêts qui, dans la personne des enfants du premier lit, survivent à la dissolution du premier mariage. C'est cela qui explique l'existence d'une réglementation en même temps que ses limites : elle ne s'applique point aux économies réalisées pendant le second mariage⁴, car, à ce moment, la première société conjugale a disparu, et ces économies n'ont donc pas été réalisées à ses dépens. D'où M. Carbonnier tire ces conséquences : le renvoi à l'article 1098 fixe la quotité des avantages particuliers permis, non leur nature ; l'action en retranchement n'est pas une action en réduction : c'est ainsi que les enfants du premier lit peuvent faire des actes conservatoires du vivant de leur parent remarié, tandis que l'héritier réservataire n'a qu'un droit purement éventuel qui ne lui permet de faire aucun acte conservatoire du vivant de son auteur ; c'est ainsi enfin que les avantages matrimoniaux, n'étant pas des libéralités, n'entament pas la quotité disponible, laquelle demeure entièrement libre pour les donations ou legs

(1) Ce qui correspondrait à la solution donnée à propos des articles 446 et suivants du Code de commerce : les créanciers hypothécaires postérieurs, qui ne peuvent exercer les actions en nullité de la période suspecte, peuvent cependant en profiter : Req. 19 mars 1945, précité.

(2) Paris, 9 fév. 1937, Delacour c. consorts Vincent, *D. P.*, 1938, 2, 92, note L. MAGUET ; *J. C. P.*, 1937, 2, 291, note R. D.

(3) Thèse citée, p. 793.

(4) Art. 1527, al. 3, *in fine*.

qui pourront être faits à des tiers, ou même au conjoint déjà bénéficiaire d'avantages matrimoniaux.

Cette doctrine ingénieuse constitue l'explication théorique d'un arrêt rendu bien auparavant, et c'est elle peut-être qui a inspiré une décision toute récente. Dès 1891, la Cour d'appel de Nancy la consacrait : selon elle, « il ne faut voir, dans le renvoi que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098, qu'un mode employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, dans le cas particulier que ces deux premiers articles prévoient, et non une transformation quelconque de la nature même du titre de cet époux » ; dès lors, l'avantage sujet à retranchement ne doit pas être imputé sur la quotité disponible¹. S'appuyant sur les mêmes motifs, le Tribunal de Libourne² donne la même solution, ajoutant que l'avantage n'est pas imputable sur l'usufruit légal du conjoint survivant.

La thèse nous paraît devoir cependant être rejetée dans son principe même, pour des motifs à la fois textuels et rationnels.

En aucune manière l'article 1496 ne laisse entendre que la référence qu'il fait à l'article 1098 serait purement fortuite et que les deux textes répondraient à un but totalement différent. Au contraire, en parlant d'un « avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098 », il laisse entendre que l'avantage qu'il régit et celui que régit l'article 1098 ont même nature. Quant à la mention finale « les enfants du premier lit... auront l'action en retranchement », par l'emploi qu'elle fait de l'article défini³, elle implique que l'action en retranchement est une notion connue, et elle ne peut être connue que si elle se confond avec l'action en réduction des libéralités pour atteinte à la réserve.

Et logiquement il est fallacieux d'assimiler les avantages matrimoniaux aux avantages particuliers des sociétés commerciales : il y a entre eux cette différence essentielle que les seconds se rattachent à un acte essentiellement pécuniaire et intéressé, où chacune des parties poursuit son intérêt personnel, tandis que les premiers se rattachent à un contrat qui régit des intérêts patrimoniaux, certes, mais en considération du mariage et des rapports personnels qu'il créera entre les époux. Cette différence d'esprit entraîne une différence de nature juridique : les avantages particuliers de la société anonyme doivent en principe rémunérer un service rendu, ils sont onéreux, et, si la loi les soumet à une procédure spéciale de vérification, c'est qu'elle redoute que des souscripteurs mal informés les acceptent trop facilement et sans s'en rendre compte ; les avantages matrimoniaux, au contraire, à raison même des rapports personnels qui unissent les parties, pourront être inspirés par l'intention libérale aussi bien que par un mobile intéressé ; et, ceci étant, il y a lieu de croire que, si le législateur les a soumis à une règle particulière empruntée au droit des donations, c'est parce que, dans le cas particulier, il les a considérés comme des donations. « Il serait contradictoire de conserver la solution en abandonnant son motif⁴. »

Aussi la jurisprudence la plus autorisée, et notamment celle de la Cour

(1) Nancy, 25 fév. 1891, consorts Firino c. veuve Gréaud et autres, précité, *D. P.*, 1891, 2, 353, *S.*, 1892, 2, 65.

(2) Trib. Libourne, 20 mars 1945, époux Monvielle et Henry c. consorts Chatelier, *Gaz. Pal.*, 1945, 2, 82.

(3) Au lieu de la formule indéfinie : « auront une action en retranchement ».

(4) PLANIOL, note au *D. P.*, 1893, 2, 169, sous Rouen, 11 février 1892, Ragain c. Céléon, et Bourges, 28 déc. 1891, de La Bourdonnaye c. de Bellisen.

de cassation, proclame-t-elle qu'en cas d'existence d'enfants d'un premier lit, les avantages résultant pour le second conjoint de l'adoption du régime de communauté présentent le caractère de véritables libéralités¹. Et de ce principe elle tire des conséquences inverses de celles que préconisait la Cour de Nancy : les avantages matrimoniaux sujets à retranchement sont imputés sur la quotité disponible² et sur l'usufruit légal du conjoint survivant³; l'action en retranchement se voit appliquer les règles de l'action en réduction, notamment quant au mode et à la date d'appréciation de l'avantage⁴; elle ne peut être exercée par le conjoint donateur⁵ ni même de son vivant par les enfants du premier lit⁶.

Par conséquent, une fois remplies les conditions auxquelles elle est subordonnée, la présomption de gratuité des avantages matrimoniaux a une valeur générale, elle entraîne leur soumission à toutes les règles des donations, à l'exclusion, bien entendu, des règles de forme⁷.

On a nié cependant qu'il pût s'agir d'une véritable présomption de donation, en objectant que cette prétendue présomption couvre même des avantages que n'ont point prévus les parties lors de la rédaction de leurs conventions. Elle s'applique même aux avantages futurs, notamment aux successions échues à l'un des époux pendant le cours du régime et qui tombent en communauté par le fait de l'adoption volontaire ou légale d'un régime de communauté plus ou moins étendu. Cette solution ne paraît pas avoir fait difficulté en jurisprudence⁸ et doit être considérée comme certaine. Mais on n'en peut rien déduire quant à la nature de l'opération : une donation peut parfaitement être éventuelle ; surtout dans les périodes de stabilité monétaire comme celle à laquelle mit fin la guerre de 1914, on peut prévoir approximativement quelles seront les valeurs respectives

(1) Req. 25 juin 1912, Lévy c. Primat, et rapport du conseiller Birot-Breuilh, *D. P.*, 1913, 1, 173, *S.*, 1914, 1, 465 ; Civ. r. 12 janvier 1915, Hauchecorne c. veuve Prévost et autres, *S.*, 1917, 1, 134, *D. P.*, 1919, 1, 85 ; Bourges, 28 déc. 1891, précité, de La Bourdonnaye c. de Bellisen. — Dans le même sens : BOURCART, note au *S.*, 1892, 2, 65 ; PLANIOL, *Rev. crit.*, 1892, pp. 521-526 ; E. H. PERREAU, *Rev. crit.*, 1906, pp. 585-587.

(2) Req. 25 juin 1912, Lévy c. Primat, précité ; Bourges, 28 déc. 1891, de La Bourdonnaye c. de Bellisen, précité.

(3) Req. 25 juin 1912, Lévy c. Primat, précité.

(4) Civ. 15 janv. 1915, Hauchecorne c. veuve Prévost, précité. Nous ne retenons ici de cet arrêt que le principe qu'il pose ; quant aux modalités de calcul du montant de la libéralité, nous aurons des réserves à faire sur ses solutions : cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, § 2.

(5) Colmar, 19 fév. 1845, Walh c. Lévy, *D. P.*, 1846, 2, 197.

(6) Limoges, 27 mai 1867, Bonnange c. Teisserenc, *D. P.*, 1867, 2, 77, *S.*, 1867, 2, 337.

(7) On devrait notamment leur appliquer les règles habituelles de révocation des libéralités. Toutefois elles auront rarement à jouer *en fait* avec leurs caractères habituels : la révocation pour survenance d'enfant est exclue par l'art. 960, conformément à la nature des choses ; la révocation pour ingratitude se confondra le plus souvent avec celle prononcée de plein droit par l'art. 299, en cas de divorce, contre le conjoint coupable ; quant à l'inexécution des charges, il n'en est pas question car la donation est pure et simple.

(8) Caen, 21 nov. 1868, Metge c. Metge, *S.*, 1869, 2, 262, *D. P.*, 1870, 2, 159 ; Bourges, 28 déc. 1891, de La Bourdonnaye c. de Bellisen, *S.*, 1892, 2, 69, *D. P.*, 1893, 2, 169 ; Rouen, 11 fév. (et non 29 janv.) 1892, Ragain c. Céléon, *S.*, 1892, 2, 164, *D. P.*, 1893, 2, 169 ; Nancy, 25 fév. 1891, Firino c. veuve Gréaud, *D. P.*, 1891, 2, 353, *S.*, 1892, 2, 65 ; Trib. civ. Libourne, 20 mars 1945, époux Monvielle et Henry c. consorts Chatelier, *Gaz. Pal.*, 1945, 2, 82 ; dans le même sens, PÉLISSÉ DU RAUSAS, thèse citée, pp. 214 sq. ; DE LOYNES, note au *D. P.*, 1915, 2, 9.

des successions que chacun des époux est appelé à recueillir, ainsi que leur répartition en meubles et immeubles, et prévoir en conséquence que l'adoption de tel ou tel régime bénéficiera à l'un ou à l'autre ; et surtout, si un seul a des héritages en perspective, le fait que l'on n'en connaisse pas la valeur n'empêche pas qu'il existe dès à présent une intention libérale, dont l'objet sera précisé plus tard. Il suffit de faire application ici des principes dégagés à propos de la théorie générale des donations indirectes¹.

Mais si, nous venons de le voir, la gratuité des avantages matrimoniaux dans l'hypothèse que nous étudions présente des caractères qui la rattachent nettement à la catégorie des présomptions, c'est une présomption dont le caractère irréfragable est plus accentué que celui de la présomption contraire dans l'hypothèse de premières noces.

La présomption joue toutes les fois que du contrat de mariage résulte, directement ou indirectement, un avantage en capital au profit de l'un des époux. L'article 1527 exclut « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs » ; mais cette exception, fondée sur l'idée que ces revenus sont destinés à assurer la vie des deux conjoints et que, en les économisant, aucun d'eux n'a été lésé, est interprétée strictement par la jurisprudence : elle ne s'applique que si les acquêts ainsi capitalisés sont partagés par parts égales : tant que ces sommes avaient le caractère de revenus, le profit que chacun en retirait, fût-il inégal, ne constituait pas un avantage, car il n'était que l'exécution de l'obligation de secours que son conjoint était tenu de remplir sur les revenus de ses biens ; dans la mesure où ces revenus ne sont pas dépensés, ils sont capitalisés par parts égales, mais, à partir de ce moment, ayant perdu leur caractère de revenus, ils sont soumis à la loi générale, et toute répartition faite autrement que par moitié tomberait sous le coup de l'action en retranchement². A l'inverse, et pour la même raison, le fait que le conjoint avantagé en capital a touché des revenus professionnels et en a fait profiter son conjoint dans une mesure bien supérieure à celle de l'avantage dont il a lui-même bénéficié ne suffit pas à retirer à ce dernier le caractère de libéralité : c'est qu'en effet, les revenus dont un conjoint a fait bénéficier son époux malade n'ont été de sa part que l'exécution de son obligation de secours et n'ont pu servir de contre-partie à une disposition que la loi présume inspirée par l'intention libérale³.

En résumé, pour dire s'il y a libéralité, on se place à un point de vue purement mathématique, sous deux angles différents :

quant aux acquêts, il y aura avantage matrimonial, et donc libéralité, toutes les fois qu'ils seront partagés autrement que par moitié ;

quant aux capitaux, on comparera ce que chaque époux a apporté à la communauté et ce qu'il en recueille ; c'est du résultat de cette comparaison, dont les modalités seront étudiées à propos de la question du montant de la libéralité à laquelle elles sont intimement liées, que l'on pourra induire la nature de la disposition, l'existence d'un avantage matrimonial, donc d'une donation.

(1) Comp. *supra*, ch. 1^{er}, sect. 1^{re}.

(2) Req. 13 juin 1855, de Portes c. de Colbert, S., 1855, 1, 513 ; comp. : Req. 13 avril 1858, Thierry c. héritiers Thierry, S., 1858, 1, 426. De même l'attribution au second conjoint d'un bien acquêt de la communauté qui existait avec le premier conjoint constitue un avantage matrimonial réductible : Civ. c. 3 déc. 1861, Marteau-Lejeune c. Marteau, sol. implicite, S., 1862, 1, 9, D. P., 1862, 1, 43.

(3) R. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1929, pp. 1131-1133, et le jugement commenté : Trib. Seine, 20 juin 1928, *Rép. gén. du notariat*, 1929, art. 22142.

*
* *

Tel est par conséquent le double régime des avantages matrimoniaux en droit français : application des règles du titre gratuit si le conjoint de l'époux avantagé a déjà des enfants d'un premier lit, application des règles du titre onéreux dans le cas contraire. Certes, lorsqu'il a établi ce régime, le législateur a tenu compte des intérêts en présence : les intérêts des enfants seront plus facilement compromis dans le premier cas que dans le second, puisqu'ils ne pourront espérer retrouver dans la succession de leur second parent ce qu'ils auront perdu dans celle du premier. Mais nous croyons que l'idée dominante a été celle qui est à la base d'une présomption, l'existence d'une plus grande probabilité de la volonté de donner dans un cas que dans l'autre : s'il n'a pas encore d'enfants, le conjoint s'en rapportera plus volontiers à la loi successorale pour déterminer la dévolution de ses biens ; s'il a déjà des enfants, au contraire, il sera d'autant plus porté à évincer cette loi par la voie détournée des avantages matrimoniaux que la quotité disponible entre époux est en ce cas plus limitée. Souvent, sans doute, cette double présomption ne correspondra pas à la réalité : c'est la rançon de la substitution d'une solution légale rigide au pouvoir d'appréciation des tribunaux. Mais le caractère quasi irréfragable était postulé par la nécessité de ne pas énerver et anéantir la présomption : et la jurisprudence y a apporté les assouplissements compatibles avec cette nécessité.

Par l'effet de cette double présomption légale, la preuve des libéralités indirectes incluses dans le contrat de mariage sera simplifiée.

SECONDE PARTIE

LES DONATIONS INDIRECTES SONT VALABLES EN DEHORS DES FORMES HABITUELLES DES DONATIONS

Nous avons donc maintenant la certitude que, en fait, des actes dont le caractère gratuit n'apparaît pas se trouvent contenir des donations, soit pour le tout s'il s'agit d'actes dont rien ne révèle la cause, soit pour partie s'il s'agit d'actes onéreux dont les clauses ont été combinées de telle manière qu'elles réalisent, par l'inéquivalence des prestations réciproques, un avantage gratuit au profit de l'une des parties. La limite entre la donation et le titre onéreux, voire entre la donation et l'acte de bienfaisance, est parfois imprécise, et nous voudrions avoir défini, dans notre première partie, les principes selon lesquels cette limite sera tracée.

Mais, de ce qu'un acte présente la nature de donation, il ne suit pas que le droit positif en reconnaisse la validité. A première vue, celle-ci paraît se heurter à un obstacle infranchissable : l'article 931 exige, pour la validité de « tous actes portant donation entre vifs », la rédaction d'un acte notarié, soumis par la loi du 25 ventôse an XI à des formes particulièrement solennelles, puisque le notaire rédacteur doit être assisté d'un notaire en second ou de deux témoins¹ ; les articles 932 et suivants exigent une acceptation expresse et authentique, outre diverses formalités secondaires variables selon les cas (transcription pour les donations immobilières, état estimatif des donations mobilières). Et, comme ces formalités sont intimement liées aux règles de fond qu'elles ont pour but de sanctionner², elles devraient, semble-t-il, avoir un domaine d'application très général, le même que celui des règles de fond. Cette impression se renforce lorsque l'on fait état des articles 893 et 894. Le second de ces textes prétend donner une définition de la donation ; nous avons vu combien celle-ci, en tant que définition, était critiquable³, mais ne marque-t-elle pas la volonté du législateur positif de lier la validité de la donation aux conditions qu'énonce le texte : rédaction d'un acte distinct, acceptation expresse ? l'article 893 paraît encore plus concluant en ce sens : « on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, *dans les formes ci-après établies* ».

Ce triple échafaudage de textes est-il vraiment infranchissable ? la jurisprudence et la doctrine, poussées par d'impérieuses nécessités prati-

(1) Art. 9, 2^o.

(2) RIPERT et BOULANGER, t. III, n^o 3265, p. 1035.

(3) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, in limine.

ques, ont tenté de le tourner ou de le battre en brèche par plusieurs moyens.

Quoiqu'ils n'aient pas toujours considéré comme autonome le problème des donations indirectes, l'œuvre des auteurs est, conformément à leur rôle normal, plus synthétique : ils ont proposé des explications qui se veulent générales, et dont nous entreprendrons l'étude critique dans un titre premier de cette partie. Nous constaterons que, si la plupart d'entre elles correspondent à une part, souvent considérable, de vérité, aucune n'est vraiment exhaustive, ne rend vraiment compte de la validité de toutes les formes de donations indirectes admises par la pratique. C'est cette explication d'ensemble que, dans un titre second, nous essaierons de dégager, puis de confronter avec les solutions concrètes des arrêts, en recherchant s'il est possible de ramener celles-ci à un fondement commun et de tirer de là un critère unique de la donation indirecte valable, qui pourrait éventuellement trouver son application dans des hypothèses nouvelles.

Auparavant, il est nécessaire, d'un mot, de distinguer ce problème de celui qui fit l'objet de notre première partie ; il le suppose résolu. Nous nous placerons en présence d'un acte qui constitue une donation, telle que celle-ci a été définie précédemment, et qui cependant n'a pas été réalisé dans la forme authentique. Quand sera-t-il valable et, s'il l'est, à quel titre ? Il pourra constituer soit une donation directe, auquel cas il sera nul, soit une donation indirecte valable, soit une donation déguisée. Le problème sera de distinguer la donation indirecte de chacune des deux autres formes : elle se distingue de l'acte ouvertement gratuit en ce qu'elle n'indique pas qu'elle est à titre gratuit et qu'une personne non prévenue peut croire l'acte conclu à titre onéreux ; elle se distingue de la donation déguisée, en ce qu'elle ne se présente pas comme onéreuse, ne contient pas de simulation. Mais il est des situations douteuses : c'est elles que le critère à découvrir devra permettre de classer.

TITRE PREMIER

LES EXPLICATIONS PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE

Le problème a préoccupé les interprètes dès les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code civil, et l'on peut dire que de manière générale ces premiers commentateurs y appliquèrent leurs méthodes habituelles d'exégèse, cherchant à limiter par les textes eux-mêmes le domaine des textes impératifs invoqués en faveur de l'authenticité obligatoire. Par la suite, et sous l'influence des méthodes nouvelles dont M. le doyen Gény devait se faire l'apôtre, on s'attache davantage, sinon exclusivement, aux considérations rationnelles et finalistes; on fixe le domaine des formes obligatoires d'après le but qu'elles visent. Cette succession chronologique des doctrines est certes quelque peu stylisée; la réalité fut moins simple: à l'occasion les premiers interprètes s'évadaient des textes pour regarder la vie; et surtout, même quand ils n'en font pas mention expresse, les besoins de la pratique et le donné rationnel sont sous-jacents aux arguments de textes qui seuls apparaissent dans leurs ouvrages. La doctrine postérieure ne fera souvent qu'explicitier ce qu'avaient confusément ressenti les premiers auteurs.

Aussi n'est-ce pas une classification de cet ordre qui servira de base à l'exposé que nous entreprenons. Nous nous attacherons plutôt à la portée que peut revêtir chaque théorie.

Pour répondre au but, à la fois doctrinal et pragmatique, que nous nous proposons, un système devra à la fois fournir une explication aussi complète que possible de tous les cas où il y a incontestablement une donation indirecte valable et dégager le critère qui permettra de résoudre les cas où la nature et la validité de l'opération sont douteuses.

Or certaines théories, essentiellement analytiques, ne cherchent à justifier la validité que de quelques-unes des opérations renfermant des donations indirectes. En les exposant dans un premier chapitre, nous n'aurons pas de peine à nous convaincre, sinon toujours de leur fausseté, du moins de leur insuffisance.

Dans le second chapitre, nous étudierons d'autres doctrines qui, elles, prétendent envisager la matière dans son ensemble et fournir une explication générale, et nous aurons à nous demander si elles atteignent bien ce but.

Il est d'ailleurs nécessaire de préciser dès maintenant, avant de le faire apparaître plus nettement dans nos futurs développements, que la gradation est insensible des théories analytiques aux théories synthétiques et qu'il entre une part nécessaire d'arbitraire dans la classification qui en est proposée.

CHAPITRE PREMIER

LES THÉORIES ANALYTIQUES

Le terme commun sous lequel nous rangeons ces théories n'est sans doute pas parfaitement approprié à son objet : loin d'avoir procédé à une analyse d'ensemble du problème, elles ignorent ce dernier et n'envisagent que des cas d'espèce. Même si le mot « théorie » pouvait s'appliquer, il serait sans doute plus juste de les qualifier, d'un terme emprunté au langage scientifique, déjà adopté par les économistes, et auquel les récentes découvertes ont donné une tragique actualité, de théories atomiques. C'est un état d'esprit courant, encore aujourd'hui, chez de nombreux auteurs. Il n'y a que des cas particuliers de donations indirectes, qui ne relèvent pas d'une explication unique, ni même d'un petit nombre d'explications susceptibles d'un classement scientifique. Tout est, pour ces auteurs, question d'espèces, et cela se traduit dans la manière dont ils présentent l'étude des matières que nous classons sous ce titre.

Certains ignorent le terme même de donations indirectes ; lorsqu'ils ont exposé la règle de l'article 931 du Code civil, ils énumèrent un certain nombre de cas où elle ne s'applique pas, mélangeant dons manuels et donations déguisées avec les cas que nous faisons rentrer dans la catégorie des donations indirectes.

Ou bien, s'ils emploient ce terme, ils en limitent l'extension, ne l'appliquant qu'à certaines hypothèses, par exemple à celle de renonciation¹.

De chacune des solutions proposées par les auteurs qui se rattachent à ces systèmes, nous aurons à nous demander si elle est vraie ou fausse ; mais, en outre, même si elle est vraie, il y aura lieu de rechercher en quoi elle est insuffisante, et comment on peut tenter de l'insérer dans une explication plus générale.

Nous grouperons en trois tendances principales les théories analytiques, étudiant d'abord celle qui donne l'explication dont la portée pratique est la moins large pour terminer par celle dont le champ d'application est le plus vaste, au point qu'il est difficile de fixer la limite entre cette dernière et les théories synthétiques dont nous aborderons ensuite l'étude.

Nous étudierons donc en trois sections, d'abord les libéralités à but social ; puis celles que l'on peut rapprocher du don manuel, parfois jusqu'à l'assimilation ; enfin nous nous demanderons s'il n'est pas possible, par le regroupement de certains textes particuliers, de justifier la validité de nombreuses hypothèses de donations indirectes.

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém. de droit civil*, 11^e éd., t. III, nouveau tirage 1937, n° 2533 ; JOSSERAND, *Cours*, t. III, n° 1315, p. 799.

SECTION PREMIÈRE

LES LIBÉRALITÉS INDIRECTES A BUT SOCIAL

On a vu¹ que, pour certains auteurs, lorsque la libéralité va enrichir non plus une personne nettement individualisée et pour laquelle le disposant ressent une affection qui est à l'origine de son geste libéral, mais une œuvre impersonnelle qui ensuite en fera bénéficiaire une certaine catégorie de personnes, inconnues du disposant, il n'y a plus vraiment donation, car il n'y a ni intention libérale caractérisée, ni même appauvrissement sans contre-partie, le donateur trouvant une contre-partie dans la satisfaction que procure la participation à une œuvre sociale.

On a vu également combien cette théorie est artificielle, mais aussi combien il est difficile, en faisant rentrer certains actes dans la catégorie des donations, de justifier leur validité dans le cas où ils n'ont pas observé la règle de l'authenticité. Problème particulièrement aigu en ce qui concerne la souscription à une œuvre d'intérêt général. Étant donné la modicité des sommes sur lesquelles elle porte le plus souvent, ce serait consacrer son échec que d'obliger les parties à recourir aux formes notariées.

Et comme, si féconde qu'elle soit, l'imagination des juristes a des limites, on a transposé ici, en l'atténuant et en la modifiant quelque peu, la théorie que nous avons précédemment rejetée. À défaut de pouvoir dire que la souscription n'est pas une donation, on a du moins soutenu que si, en droit pur, elle rentrait dans le cadre de cette catégorie, cependant, elle n'était pas une donation comme les autres et qu'elle bénéficiait, en droit positif, d'un régime de faveur. En effet, dit-on, lorsque les auteurs du Code civil ont prescrit des formes spéciales pour les actes portant donation, ils n'ont envisagé que les donations bénéficiant à une personne physique bien déterminée, et non pas celles, à peu près inexistantes à l'époque, consenties au profit d'œuvres impersonnelles et permanentes. Le désir du législateur de l'époque de s'opposer à la multiplication des biens de mainmorte paraissait suffisamment assuré par la prohibition des substitutions et la nécessité d'une autorisation administrative pour les dispositions bénéficiant aux établissements publics ou d'utilité publique.

Le temps a passé, et son écoulement n'a pas été sans modifier à la fois la mentalité du législateur et le comportement de ses sujets. L'esprit social s'est répandu, et, au lieu de paraître contraire à l'intérêt général comme l'estimaient les tenants du libéralisme économique autrefois triomphant, il a semblé digne d'encouragement.

De sorte que, pour soustraire ses manifestations aux règles de forme qui risquaient de les briser, on a recouru à un double raisonnement. D'une part, si les termes du Code civil édictant des règles de forme sont tout à fait généraux, il ne faut cependant y trouver que ce qu'ont voulu y mettre leurs auteurs ; il n'y faut faire rentrer que les donations « personnelles », seules connues alors. D'autre part, cela ne peut être que conforme à l'esprit du législateur contemporain, aux yeux duquel, s'il est désirable de ne pas permettre de sacrifier l'intérêt familial à la fantaisie du donateur qui veut gratifier un tiers quelconque, il est au contraire souhaitable que ce même intérêt familial s'incline devant les exigences plus larges et plus hautes de l'intérêt général² ; appliquer en ce cas la règle du Code serait la détourner de son but. Et l'on est d'autant plus fondé à l'écarter que d'autres

(1) Cf. *supra*, Introduction et 1^{re} partie, ch. 1, sect. 2, § 1^{er}, II.

(2) Cf. MARX, thèse, Nancy, 1934, not. pp. 12 sq.

donations sont, en vertu de textes exprès, dispensées des formes spéciales des libéralités : telles les donations insérées dans le contrat de mariage¹.

Cette argumentation ingénieuse est-elle vraiment convaincante ? Nous indiquions, au début de ces explications, que son champ était très limité, elle n'explore qu'une infime partie du domaine des donations indirectes : les donations par souscription ; encore ne faut-il pas se méprendre sur la portée réelle de ce terme : si la souscription est exécutée en même temps que promise, il y aura don manuel, valable à ce titre : sans doute, la tradition aura lieu entre les mains de l'organisateur de la souscription, et non pas du bénéficiaire définitif, mais le don manuel réalisé par l'intermédiaire d'un tiers est valable lorsque ce tiers agit pour le compte du donataire².

C'est seulement lorsque la souscription n'est pas immédiatement exécutée que le problème se pose. Et la solution qui en est proposée paraît des plus discutables. Le seul fait qu'une donation soit consentie dans l'intérêt public ne la dispense pas des formes habituelles : l'étatisme de plus en plus envahissant ne va pas encore jusque-là et les intérêts familiaux, comme l'intérêt personnel du donateur, doivent être protégés aussi bien contre une emprise abusive de l'intérêt public que contre les captations des particuliers ; la protection de la famille revêt, elle aussi, et dans une mesure malheureusement tragique parfois, un intérêt public. D'ailleurs, l'intérêt public dispense si peu de l'observation des formes que celles-ci sont exigées parfois même lorsque le caractère de donation n'existe pas vraiment : lorsqu'un legs est fait à charge de fonder, la fondation est pour le légataire un acte onéreux, et cependant le Conseil d'État l'astreint, s'il veut obtenir la reconnaissance d'utilité publique, à passer une donation authentique dans les formes de l'article 931³. Rien dans l'esprit du législateur de 1804, si individualiste, ne permet de faire une distinction qui ne résulte d'aucun texte, et qui ne pourrait se justifier que si l'on déniait à la souscription la nature de donation : hypothèse que nous avons déjà exclue. Les auteurs ont d'ailleurs si bien senti la faiblesse du raisonnement qu'ils ont proposé de voir dans la souscription une stipulation pour autrui, et de tirer de cette assimilation une dispense de forme. Nous en reparlerons en étudiant plus loin le régime des stipulations pour autrui.

S'il est vrai que les donations par souscription seront souvent plus dignes de faveur que d'autres formes de donation indirecte, leur particularisme n'est pas tel qu'il soit possible de fonder leur validité sur des raisons qui leur seraient propres. Déjà dans ce domaine, à vrai dire très limité, nous devons constater l'échec d'une théorie analytique et « autonomiste ».

Serons-nous plus heureux en examinant les variétés de donations indirectes dont on a prétendu justifier la validité par analogie avec le don manuel ?

SECTION II

DONATIONS INDIRECTES ET DONS MANUELS

S'il est dans notre droit actuel un principe coutumier qui ne soit plus sérieusement discuté, c'est bien celui de la validité des dons manuels. En ce qui les concerne, la tradition tient lieu de forme et la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » vient lui donner le caractère irrévocable

(1) Cf. J. RAY, thèse citée, 3^e partie, *passim*.

(2) Cf. PACILLY, thèse citée, nos 121-125, pp. 298-320.

(3) PAILHÉ, thèse citée, nos 175 et 176, p. 296.

que le législateur impose aux donations. Encore faut-il, pour cela, que la possession qui découle de la tradition soit suffisamment caractérisée pour mettre son titulaire à l'abri de toute réclamation.

I. — Or il se peut, et pour les raisons les plus variées, que cette condition ne soit pas remplie. L'acte est-il alors irrémédiablement inefficace ? non : il suffira souvent d'un complément pour le rendre valable, et ce complément présentera souvent la plus grande analogie avec certaines formes de donations indirectes, jusqu'à rendre impossible une différenciation précise.

La possession résultant du don manuel doit être dépourvue d'équivoque : la première conséquence en est que le don manuel est extrêmement difficile à réaliser entre personnes menant une vie commune, notamment entre époux. Si les époux sont mariés sous un régime communautaire, le mari ayant l'administration même des biens propres de la femme, il est juridiquement impossible de concevoir dans leurs rapports une possession autre qu'équivoque. Sous le régime de la séparation de biens, le même obstacle de droit ne se rencontre pas ; mais en fait, lorsque l'un des époux fera des actes de jouissance sur un bien appartenant précédemment à son conjoint, il sera très difficile de dire s'il se comporte comme nouveau propriétaire ou, au contraire, s'il exerce seulement un acte de jouissance précaire : il est fréquent qu'une femme porte des bijoux qui continuent d'appartenir à son mari. Les présomptions de propriété contenues au contrat de mariage ne suffisent pas à exclure cette promiscuité essentielle : on admet en général que ces présomptions ne valent que jusqu'à preuve contraire et qu'elles peuvent être combattues par la preuve directe de la propriété de l'autre conjoint¹ ; il sera dès lors facile au conjoint donateur, en prouvant qu'il a eu antérieurement la propriété de l'objet, de revenir sur le don manuel qu'il a consenti. Pour que la possession présente vraiment les caractères qui lui confèrent une valeur quasi absolue, il faudra qu'elle soit nettement affirmée, et, sur ce point, les institutions bancaires viendront souvent au secours des parties. Un mari ayant remis deux cents valeurs du Crédit National à sa femme, celle-ci, « au vu et au su de son mari, les avait déposées en banque, dans le dossier existant à son propre nom, avant de donner elle-même, à cette banque, l'ordre de les vendre. Et dès lors, l'exclusivité de sa possession apparaissait »². Cette exclusivité, incompatible avec la vie commune au domicile conjugal, devient la règle en banque.

Mais ce n'est pas seulement lorsque deux personnes vivent ensemble que la possession par l'une d'elles d'objets ayant appartenu à l'autre risque de revêtir le caractère équivoque. Au fond, toute possession est équivoque à son origine, et, en l'absence de titre qui la colore, elle ne cesse de l'être que par la suite, plus ou moins rapidement selon les circonstances dont elle est entourée. S'il s'agit d'objets de faible valeur et de personnes unies par des liens de parenté ou d'amitié, c'est presque instantanément que leur détention sera protégée par l'article 2279. Si au contraire il s'agit d'objets de valeur, la détention devra avoir duré quelque temps avant de revêtir les caractères propres de la possession. C'est ainsi que le Tribunal de Nice³

(1) Cf. LAGARDE, *Rev. trim.*, 1945, p. 107, n° 5.

(2) R. SAVATIER, note *J. C. P.*, 1945, II, 2784, 4^e colonne, sous Aix, 17 février 1944, da Silva et Odier c. Bertrand.

(3) 26 avril 1928, Gosselin et Fournier c. Antona, *Gaz. Trib.*, 1928, 2, 588, commenté par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1929, pp. 177-178, n° 5. Comp. : Douai, 31 déc. 1930, époux Gheraert-Bondeele c. époux Dhaene-Bondeele, *Gaz. Pal.*, 1931, 1, 468, commenté par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1931, pp. 453-456.

a statué sur le cas où une personne, sur le point de déménager, avait remis à l'un de ses amis un paquet de titres que l'ami alla incontinent déposer dans son coffre en banque, sans les déliasser. La nuit suivante, le remettant mourut, et son ami prétendit avoir reçu les valeurs à titre de don manuel. Prétention rejetée par le Tribunal, qui a surtout été déterminé par la faible durée d'une détention au cours de laquelle l'attitude des parties n'avait pu se manifester, de sorte qu'il était impossible de dire si elle présentait vraiment les caractères de la possession. « Il est aisé d'en conclure, écrit M. Savatier¹, que le don manuel portant sur des titres au porteur, ainsi que sur tout objet de valeur, ne prend sa véritable force qu'au bout d'un certain temps. Sans doute, en droit, la transmission de propriété est immédiate. Mais les tribunaux ne la maintiendront qu'autant que la possession transmise au donataire ne leur paraîtra pas équivoque². » L'équivoque, qui cessera par l'écoulement du temps et la prolongation de cette situation de fait, pourra aussi cesser instantanément si les parties prennent soin d'accompagner le transfert de possession d'un acte qui le caractérisera et le rendra évident dès l'origine. Par exemple, le titre au porteur remis au donataire sera converti immédiatement en un titre nominatif immatriculé à son nom³. Il est à peine besoin de remarquer l'analogie entre ce cas et celui où le propriétaire d'un titre nominatif en opère le transfert au profit du donataire : en pareille hypothèse, on sort du domaine du don manuel pour pénétrer dans celui de la donation indirecte.

II. — Mais avant d'étudier les conséquences que l'on a tirées de ces analogies, il faut mettre en lumière une autre utilité que peuvent présenter soit la conversion au nominatif faisant suite à un don manuel valable, soit les procédés analogues souvent empruntés aux institutions bancaires. Les parties peuvent avoir le désir très légitime d'accompagner le don manuel de certaines modalités : la tradition, acte neutre, ne leur permettra pas de s'en réserver la preuve ni d'en assurer l'exécution ; pour faire preuve de ce pacte adjoint, elles pourront rédiger un écrit, mais ce n'est pas là le seul procédé d'assurer l'efficacité de leur volonté ; si, par exemple, le donateur veut se réserver l'usufruit des titres donnés, — convention parfaitement licite et qui, de soi, ne porte pas atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations, — il pourra exiger du donataire qu'il convertisse en titres nominatifs immatriculés au nom de l'un pour la nue propriété et de l'autre pour l'usufruit les titres donnés⁴. Ou bien le propriétaire unique d'une somme veut la donner à une autre personne en copropriété⁵ :

(1) *Rev. trim.*, 1929, p. 178.

(2) La solution dégagée par le Tribunal de Nice n'est peut-être pas à l'abri de toute discussion : si, en effet, l'objet a été remis volontairement à charge de rendre, le remettant ne pourrait le réclamer, s'il a une valeur supérieure à cinq cents francs, qu'en produisant un écrit dans les termes des articles 1341 et suivants ; et ses héritiers devraient être soumis à la même obligation. Il pourra toutefois s'agir d'un dépôt nécessaire, dispensé d'écrit (art. 1348), mais il est difficile de penser que ce soit en prévision de cette hypothèse exceptionnelle que l'on permette aux héritiers de demander restitution. Ce qui est peut-être davantage exact, c'est que l'on est dans un cas où l'existence d'un acte juridique de transfert n'est pas contestée, et où il s'agit seulement d'en établir et d'en interpréter les clauses, ce qui peut se faire par tous moyens.

(3) Sur cette opération, cf. les obs. de LABBÉ, *Rev. crit.*, 1884, pp. 648-654.

(4) AUBRY et RAU, 5^e éd., par E. MARTIN, t. X, § 659, note 13 septies (p. 577).

(5) En pareil cas, il sera plus pratique de remettre manuellement au donataire une fraction de la somme ; mais, lorsque le donataire est un enfant mineur et le donateur son père, cette solution peut ne pas correspondre au désir du père.

il pourra déposer cette somme en banque conjointement avec le donataire¹. D'une manière générale, si l'on n'admet pas que le propriétaire d'un objet fasse un don manuel limité à une quote-part indivise de cet objet, « c'est que la tradition d'une quote-part indivise engendre presque toujours une possession équivoque ou précaire... Mais lorsque la tradition est réalisée par le moyen d'une personne intermédiaire qui, en vertu d'un acte juridique de nature à exclure tout vice d'équivoque ou de précarité, détient et gère les choses communes aussi bien au nom et dans l'intérêt du donateur que du donataire et dans des proportions pour l'un et pour l'autre parfaitement déterminées, on ne voit pas pourquoi cette forme de tradition devrait être considérée comme insuffisante »².

III. — Ainsi le don peut être complété par d'autres actes dans des hypothèses diverses et en vue de deux buts principaux, qui d'ailleurs s'entremêlent dans la pratique : tantôt on veut échapper au vice d'équivoque qui frapperait d'une inefficacité, totale ou partielle, permanente ou temporaire, le don manuel réalisé par une simple tradition matérielle, tantôt on veut assurer la preuve et la sanction de pactes adjoints à ce don manuel. De là à dire qu'en pareille hypothèse ce qui faisait la force et la valeur de l'opération, ce n'était pas le don manuel, la tradition, mais l'acte qui l'avait accompagné ou suivi, il n'y avait qu'un pas. S'il fut franchi, ce fut plutôt dans l'autre direction : on continue à qualifier l'opération de don manuel, mais on fait plus ou moins abstraction de la tradition, pour ne retenir que la seconde phase de l'acte. C'est ainsi que Troplong affirme que l'on peut donner manuellement toutes sortes d'objets mobiliers³, et les exemples qu'il en cite prouvent, malgré ses affirmations contraires, qu'il ne se limite pas aux meubles corporels : le don manuel d'un manuscrit emporte droit de le publier, car ce droit n'est qu'une suite de la transmission de la propriété du manuscrit⁴ ; l'endossement d'un effet de commerce peut, d'après lui, réaliser un don manuel⁵ ; « c'est à tort, dit-il⁶, qu'on répète souvent, *et usque ad nauseam*, que ce sont là des dons manuels de choses incorporelles. Comment pourrait-on donner manuellement une chose abstraite, une chose qui n'aurait pas de corps ? Mais on donne un titre et, avec ce titre, les droits, actions et émoluments qui y sont attachés ».

Et même un auteur comme Toullier⁷, qui n'admet pas de manière générale que la remise d'un titre de créance suffise à constituer une donation valable, fait remarquer que, s'il en est autrement au cas où la remise est faite entre les mains du débiteur, et si en pareil cas cette remise fait preuve de la libération, c'est qu'« elle équivaut à la délivrance manuelle d'un meuble corporel ».

En jurisprudence, plusieurs décisions ont considéré comme des dons manuels des opérations qu'il serait plus exact de ranger dans la classe des donations indirectes. C'est ainsi que la Cour de Besançon qualifie de don manuel ce qui constituait plutôt une délégation : le titulaire d'un compte donne ordre à sa banque de s'acquitter entre les mains d'une personne

(1) Cour d'Alexandrie, 23 mars 1926, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1927, pp. 722-723.

(2) DEMOGUE, *ibid.*

(3) TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., t. II, 1872, n° 1056.

(4) *Ibid.* — Comp. sur cette question : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 234, pp. 321-322.

(5) *Op. cit.*, n° 1057.

(6) *Op. cit.*, n° 1057, p. 425.

(7) 5^e éd., t. V, Paris, 1830, n° 179, p. 183.

qu'il veut gratifier et à qui il remet un billet à cet effet : c'est un don manuel par l'intermédiaire d'un tiers, dit l'arrêt du 2 février 1927¹. La même Cour d'appel a rendu en 1935 un arrêt beaucoup moins catégorique : le demandeur se prétendait bénéficiaire, à titre de don manuel, d'un virement en banque qui aurait été fait à son profit par la défunte sur l'ordre de laquelle il avait demandé à la banque de l'effectuer ; l'existence du don manuel est rejetée par la Cour d'appel², mais les motifs de la décision sont assez confus, sinon contradictoires ; ce qui semble bien en ressortir en tout cas, c'est que, si des circonstances propres à l'espèce n'étaient pas venues la frapper d'inefficacité, l'opération aurait été valable à titre de don manuel : c'est seulement l'équivoque de la possession du prétendu bénéficiaire qui l'empêchait de produire effet. C'est enfin sur une question semblable que se prononce en 1933 la Cour du Banc du Roi de Québec³ : un banquier, chez qui sa bru a un compte, veut lui faire don de sommes d'argent, et, pour cela, il inscrit ces sommes à son compte et en même temps sur le carnet que sa bru a entre les mains : il y a là, dit la Cour, une tradition suffisante pour réaliser un don manuel valable. A l'appui de cette analyse⁴, on a considéré que c'était un cas de *traditio brevi manu* ; mais la tradition ne peut porter que sur un objet matériel, non sur une obligation ; il faut donc supposer une double tradition *brevi manu* de sommes d'argent, du banquier à sa bru à titre de don, de la seconde à son beau-père à titre de dépôt.

On voit, par la complexité des fictions que l'on est obligé d'imaginer pour y parvenir, combien il est artificiel de vouloir ramener au don manuel des hypothèses qui ne rentrent pas naturellement dans ce concept. Cela est évident pour le dernier cas examiné ; mais c'était déjà vrai, quoique à un moindre degré, pour les précédents : le don manuel est un procédé technique dont la tradition réelle est l'un des éléments constitutifs ; or la tradition ne peut porter que sur des éléments corporels, tandis que le virement bancaire est un déplacement de créance : « la réalisation d'un don manuel par virement en banque paraît donc impossible »⁵. Et déjà M. Savatier se demandait s'il n'y avait pas « plutôt donation indirecte que don manuel »⁶, ce qui implique bien que les deux catégories ne se confondent pas.

IV. — Il est donc permis de dire que dans les cas qui viennent d'être étudiés il est impossible de faire rentrer la donation indirecte dans le cadre du don manuel. Mais il serait téméraire d'en conclure qu'il n'existe aucune analogie entre les deux institutions et que la comparaison qui a été faite était inutile. A raison des modes plus simples et plus apparents par lesquels il se réalise et de sa fréquence plus grande, le don manuel a fait l'objet d'études nombreuses et approfondies : les principes dont s'inspire la jurisprudence le concernant paraissent aujourd'hui nettement dégagés. Et justement, ce que l'on peut soutenir avec quelque chance de succès, c'est que si la donation indirecte est valable, c'est pour les raisons mêmes qui ont fait valider le don manuel. A vrai dire, la donation indirecte n'est valable ni parce qu'elle serait une forme spécialisée du don manuel, ni

(1) Besançon, 2 février 1927, Colmerauer c. dame Lang, *D. H.*, 1927, 212 ; v. le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1927, p. 507, n° 8.

(2) Besançon, 3 avril 1935, Benoit-Jeannin c. veuve Péquignot, *S.*, 1935, 2, 132.

(3) Cour du Banc du Roi de Québec, 2 mai 1933, *Rapp. jud.*, Québec, LV, p. 264, d'après DEMOGUE et LÉPAULLE, *Rev. trim.*, 1933, pp. 1340-1341.

(4) DEMOGUE et LÉPAULLE, *ibid.*

(5) Note non signée au *S.*, 1935, 2, 133 (note 2).

(6) R. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1927, p. 507.

parce qu'elle présenterait avec lui une analogie suffisante pour permettre l'extension de son régime juridique. Il faut remonter d'un degré et trouver à leur validité une raison commune, qui s'applique également et au même titre à l'un et à l'autre. Quelle peut être cette raison ?

Une remarque s'impose de prime abord : par l'effet de la tradition constitutive du don manuel, le donataire se trouve placé en possession de l'objet, de sorte qu'il n'a, pour faire valoir ses droits, plus rien à réclamer à personne ; il se trouve dans une situation exactement semblable et aussi forte que celle qu'avait son auteur. Or la même situation est faite au bénéficiaire de certaines donations indirectes : bénéficiaire d'une remise de dette, détenteur du titre qui la constate, il n'a rien à craindre de l'ancien créancier, démuné de toute possibilité de preuve ; bénéficiaire d'un transfert de titres nominatifs, il peut par le fait même exercer contre la société dont il est membre ou créancier ou contre l'État, tous les droits qu'avait le précédent titulaire. Le caractère commun des dons manuels et des donations indirectes serait donc le fait que ce sont des donations exécutées immédiatement. Et, si les uns comme les autres sont reconnus valables en l'absence des formes authentiques généralement exigées, c'est que cette exécution immédiate, en attirant l'attention du donateur sur la gravité de l'acte qu'il accomplit, dont il perçoit immédiatement, et même matériellement, la gravité, rend superflues toutes formes surajoutées artificiellement pour protéger sa volonté. Idée analogue à celle qui se manifestait dès le droit romain, quoique avec une portée plus limitée : en vertu d'un sénatus-consulte de Caracalla, les donations entre époux, nulles en principe, devenaient valables lorsque l'époux donateur était mort sans les avoir révoquées : et l'on tendait à limiter cette validation *a posteriori* aux seules donations qui avaient été exécutées, à l'exclusion de celles qui résultaient d'une promesse non encore réalisée¹ : c'est, en effet, seulement dans le premier cas que la volonté du donateur paraissait suffisamment sérieuse et réfléchie pour pouvoir devenir définitive.

Ainsi la donation indirecte serait valable parce que son exécution immédiate manifeste chez le donateur une volonté suffisamment forte et toutes les fois que l'on trouve cette exécution immédiate.

V. — La thèse est séduisante : s'accordant avec le fondement que la majorité des auteurs contemporains reconnaît à la validité du don manuel², elle applique le même fondement à la validité des donations indirectes ; si elle était exacte et complète, elle aurait un incontestable avantage de simplification.

Malheureusement, ainsi que nous l'avons laissé entendre au début même des développements de ce chapitre, elle ne raisonne que sur des cas particuliers choisis dans un champ limité au lieu d'envisager dans leur ensemble toutes les catégories de donations indirectes.

Et c'est de là que naît l'insuffisance de la thèse : elle ne s'applique qu'aux actes d'aliénation, qui valent par eux-mêmes, à l'exclusion des actes créateurs d'obligations³. Parmi les trois catégories principales de donations indirectes que nous avons distinguées, elle ne justifie la validité que d'actes rentrant dans une seule d'entre elles, les actes abstraits ; quant

(1) *Contra* : PÉLISSÉ DU RAUSAS, thèse citée, *Droit romain*, p. 64.

(2) RIPERT, *Cours de doctorat* ; FLOUR, *L'évolution du droit des contrats depuis le Code civil*, Cours de doctorat, 1942-1943, 1^{re} partie, tit. 1, ch. 1, sect. 1, § 2, III ; G. PACILLY, thèse citée, n° 75, pp. 188-193.

(3) Comp. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, XL^e leçon, pp. 568-569 qui fait cette distinction à propos de la stipulation pour autrui.

aux avantages indirects résultant d'un acte à titre onéreux ou quant aux stipulations pour autrui, elle n'explique rien.

Retenons donc l'explication qui nous est fournie, en la limitant à la catégorie pour laquelle nous avons reconnu sa valeur ; peut-être nous fournira-t-elle l'une des pièces d'un système d'ensemble. Retenons aussi l'analogie qui a été relevée entre le don manuel et ces formes de donations indirectes : à défaut de pouvoir faire rentrer ces dernières dans la catégorie des dons manuels, peut-être nous permettra-t-elle de faire du don manuel l'une des variétés de la donation indirecte¹.

SECTION III

LA VALIDITÉ DES DONATIONS INDIRECTES JUSTIFIÉE PAR L'ANALYSE DE TEXTES PARTICULIERS

Si cette analogie entre le don manuel et la donation indirecte n'a pas trouvé chez les anciens auteurs l'écho et les répercussions auxquels on pouvait s'attendre, cela tient peut-être moins aux faiblesses et aux insuffisances que nous avons relevées qu'à des raisons plus contingentes : à l'époque de l'exégèse, on hésite à déroger à un texte pour des motifs purement rationnels ; il faut qu'un autre texte vienne justifier cette dérogation, au besoin avec l'appui d'une interprétation tendancieuse.

Il nous reste donc, pour en terminer avec l'étude des théories analytiques, à exposer les arguments tirés des textes. Il ne s'agira d'ailleurs pas d'une pure analyse grammaticale : l'ingéniosité des auteurs a consisté à donner, de textes variés et dispersés, une interprétation inspirée d'un même principe général et d'une faveur presque systématique ; si de nouvelles lois survenaient, ce principe pourrait encore trouver application ; nous nous rapprochons donc singulièrement du domaine des théories synthétiques ; nous n'y pénétrons pas toutefois, car, si la méthode d'interprétation est une, les applications qui en sont faites sont aussi diverses que les textes sur lesquels elles s'appuient, et l'on ne peut affirmer *a priori* que chaque hypothèse de donation indirecte trouvera dans l'arsenal de nos Codes un texte à sa mesure pour en justifier la validité.

I. — Il existe plusieurs textes qui définissent spécialement le régime auquel sont soumis un certain nombre d'actes juridiques : c'est ainsi que l'article 1121, auquel la jurisprudence a donné une interprétation nettement extensive, prévoit la possibilité de stipulations pour autrui en précisant les conditions dans lesquelles elles deviennent définitives ou peuvent être révoquées ; de même les articles 1282 et 1283 indiquent les actes d'où pourra résulter la remise de dette ; ni l'un ni l'autre de ces deux textes n'a prévu le titre, onéreux ou gratuit, auquel aurait lieu la stipulation pour autrui ou la remise de dette ; tous deux organisent donc des institutions autonomes, ayant leurs règles propres, et qui sont soumises à ces règles seules, en dehors de toute particularité qui pourrait leur venir de leur caractère onéreux ou gratuit ; elles échappent notamment à toutes les règles d'authenticité qui sont en général l'apanage du titre gratuit.

Le raisonnement paraît d'autant plus fort dans ces deux cas particuliers que la remise de dette et la stipulation pour autrui sont fréquemment, sinon le plus souvent, consenties à titre gratuit : le législateur l'a

(1) Voir notre conclusion et les références indiquées. — Comp., en un sens différent, PACILLY, thèse citée, n° 9, pp. 24-25.

su, et cependant il a rédigé ces textes de telle manière que l'on en peut déduire une dispense implicite, mais très nette, de toutes formalités autres que celles qui leur sont propres¹ ; point de vue adopté par une doctrine et une jurisprudence constantes, au point qu'il serait vain de prétendre aujourd'hui s'insurger contre elles, et confirmé d'ailleurs implicitement par la loi du 13 juillet 1930 : réglementant le type sans doute le plus courant de stipulation pour autrui, l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, et fixant dans son article 63 (dernier alinéa) les modes suivant lesquels peut être attribué le bénéfice de la police, elle dispense implicitement cette attribution, faite très souvent à titre gratuit, des formes particulières des donations.

De ces deux exemples particulièrement typiques, on a induit un principe général que l'on pourrait exprimer dans la forme suivante : toutes les fois qu'un acte a reçu de textes particuliers une réglementation propre, notamment quant à ses formes, cet acte est valable à la seule condition de se conformer à ces textes, même si en fait il contient une donation. On peut d'ailleurs en ce sens invoquer un argument d'analogie tiré du droit des sociétés : l'article 1868 du Code civil autorise les associés à stipuler qu'au cas de décès de l'un d'eux la société (contrairement à la règle générale de l'article 1865) continuera entre les associés survivants ; des statuts de sociétés, qui prévoyaient que la part du prédécédé serait remboursée par les survivants moyennant un prix forfaitaire, furent attaqués par les héritiers qui prétendirent y voir un pacte sur succession future, prohibé par l'article 1130 ; la Cour de Paris² écarte l'argument, car, dit-elle, l'article 1868 permettant de stipuler la continuation de la société, cela implique nettement la possibilité de prévoir les modalités de cette continuation : ainsi s'affirme l'autonomie de l'article 1868, qui fait échec même à une prohibition aussi catégoriquement affirmée et aussi scrupuleusement sauvegardée que celle des pactes sur successions futures.

C'est d'un raisonnement analogue que paraît s'inspirer la doctrine qui valide les donations indirectes résultant d'actes pour lesquels une disposition spéciale prévoit des formes particulières. Nous en avons vu deux applications qui sont peut-être les plus typiques. Il en est d'autres.

L'article 784 décide que la renonciation à succession doit être faite au greffe du tribunal : elle sera donc valable en cette forme, même si elle est faite à titre gratuit. On peut d'ailleurs puiser en ce sens un argument complémentaire dans l'article 780, qui envisage expressément l'hypothèse où la renonciation est gratuite.

L'article 1236 prévoit le cas de paiement pour autrui : son silence en ce qui concerne les formes vaut exclusion de celles-ci : il ne distingue pas en effet entre le paiement fait par un coobligé ou une caution, donc à titre onéreux, envisagé dans le premier alinéa, et le paiement fait par un tiers non intéressé, sans subrogation, donc normalement à titre gratuit, envisagé par le second alinéa. L'argument est encore renforcé si l'on se réfère à l'article 851, qui réglemente comme valable un cas de paiement pour autrui fait à titre de donation.

De même, l'article 36 du Code de commerce et les textes complémen-

(1) Dans un cas particulier, cette dispense résulte expressément de l'art. 1973 C. civ.

(2) Paris, 17 déc. 1935, Soc. Louis-Dreyfus et C^{ie} et Louis Louis-Dreyfus c. époux Schuhmann et veuve de Jouvenel, *D. P.*, 1936, 2, 89, et note H. CAPITANT ; *S.*, 1936, 2, 105, et note A. NEUBURGER. — Comp. Trib. civ. Seine, 7 juin 1935, Clerc c. Clerc, *D. P.*, 1936 2, 24. — *Contra* : F. GÉNY, note sous Civ. c. 11 janvier 1933, dame Moritz c. veuve Crémieux et Millaud, *S.*, 1933, 1, 161, not. pp. 163, col. 2, et 164, col. 1.

taires¹ ont organisé les formalités du transfert de titres nominatifs : de là résulterait la possibilité, en réalisant une donation par ce moyen, d'échapper aux formes authentiques.

On pourrait citer encore par exemple la renonciation à prescription, régie par l'article 2221².

Il est intéressant de noter que ce mode de raisonnement, conçu d'abord pour l'application par interprétation de textes légaux, a été ensuite étendu même à des règles d'origine plus ou moins coutumière ou jurisprudentielle, même en dehors du droit privé. C'est ainsi que l'on a prétendu utiliser la théorie de droit public de l'offre de concours en vue de travaux publics³ : on pourrait notamment expliquer, en la faisant rentrer dans le cadre de cette institution, la validité, reconnue par la Cour de cassation⁴, de la souscription publique à une œuvre d'intérêt général, telle que les secours à apporter aux familles des indigents mobilisés. Sans doute, reconnaît-on, la Cour de cassation considère l'offre de concours comme une spéculation intéressée, l'idée en est donc exclue lorsqu'il s'agit d'opération faite dans une intention libérale ; mais le Conseil d'État adopte un point de vue opposé, et il admet que la compétence administrative joue, même pour les offres de caractère désintéressé : n'est-il pas permis d'induire de là que « l'offre de concours est une convention particulière au droit public »⁵, et que sa réglementation propre, tenant à « son rattachement par un lien indivisible à l'opération de travaux publics » lui permet d'abriter même des dispositions gratuites ?

II. — Quoi qu'il en soit de ce point particulier, que penser, de manière générale, de la valeur du procédé technique qui consiste à soustraire ainsi aux formes habituelles des donations certaines catégories d'actes, même réalisés à titre gratuit, sous prétexte d'une autonomie des articles qui les réglementent ? Comme en nombre de procédés techniques, il n'y a là qu'un prétexte ; la raison profonde de ces dérogations doit être cherchée dans la volonté des tribunaux de restreindre au minimum le domaine de formalités que le législateur de 1804 jugeait nécessaires et dont beaucoup de juristes et d'hommes d'affaires contemporains n'aperçoivent plus l'utilité. De là peut naître une première critique : peut-on, sous prétexte qu'une disposition légale ne paraît plus adaptée à l'esprit de l'époque, en restreindre arbitrairement la portée, pour des motifs purement techniques et sans rapports avec le fondement que le législateur a donné à sa disposition ?

Il faut en réalité distinguer dans la thèse les deux étapes qu'elle traverse : après avoir examiné certains textes particuliers, elle en prétend dégager un principe général. Que des dispositions légales particulières puissent déroger, même implicitement, au principe de l'article 931, cela ne nous paraît pas douteux : il est évident par exemple que la remise de dette à titre gratuit est valablement consentie par la remise matérielle du titre, conformément à l'article 1282 : le caractère gratuit est trop fréquent en la matière pour qu'il ait échappé aux vues du législateur, et le silence même du texte implique qu'il a voulu soumettre au même régime toutes

(1) Notamment Décret du 25 octobre 1934, *Sirey*, Lois ann., 1935, p. 1355. spécialement art. 8 et 9, et Décr. 26 oct. 1934, p. 1359.

(2) Cf. TROPLONG, *op. cit.*, t. II, n° 1079, et l'arrêt cité par lui de : Cass. 26 mars 1845, *S.*, 1847, 1, 120.

(3) Cf. J. APPLETON, note au *D. P.*, 1920, 2, 65 ; comp. : MARX, thèse citée, pp. 91 sq.

(4) Civ. r. 5 fév. 1923, Bailly c. Ville de Nancy, *D. P.*, 1923, 1, 20, rejetant le pourvoi formé contre : Nancy, 17 mars 1920, *D. P.*, 1920, 2, 65, et note J. APPLETON.

(5) Cf. MARX, p. 98 ; APPLETON, note précitée, p. 66, col. 1.

les remises de dettes, gratuites ou non. Mais pareil raisonnement ne peut valoir dans tous les cas, et l'on ne peut poser en thèse générale que, par le seul fait qu'il aura soumis une institution quelconque à des règles spéciales, le législateur aura entendu la faire échapper aux règles habituelles des actes gratuits, même dans le cas où elle serait utilisée pour réaliser une donation. Ce serait une exagération des vertus de la catégorie qui illustre l'un des vices reprochés aux méthodes exégétiques d'interprétation : sous prétexte de rechercher la volonté du législateur, ces méthodes ne font souvent appel qu'à des fictions.

M. le doyen GÉNY, étudiant la vertu et les vices de la catégorie, les a spécialement relevés en ce qui concerne les libéralités¹. La méfiance du législateur envers les donations l'a amené, dit-il, à les soumettre à des règles particulières, notamment quant à la forme. Ce système semblait devoir conduire, par la combinaison du principe de la liberté des conventions avec la définition de l'article 895 du Code civil, au résultat suivant : « les particuliers pourront imaginer toutes sortes de libéralités entre vifs, qui seront valables au fond, pourvu qu'elles répondent, par leurs caractères intrinsèques, à la définition restrictive de l'article 895 du Code civil. Mais ces libéralités ne seront reconnues par le droit que revêtues des formes prescrites par les articles 931-932 et 948 ».²

Pour échapper à cette règle, pour favoriser le jeu de l'esprit de libéralité si naturel au cœur de l'homme et du besoin d'indépendance inhérent à la civilisation moderne, « le moyen généralement employé a consisté à placer l'opération gratuite, qu'on voulait valider, sous une catégorie juridique, qui parût suffisante à la soutenir, et qui, de soi, échappât aux formes gênantes de la libéralité légale »³. C'est par l'utilisation de formes techniques dont la loi n'interdit pas l'emploi à titre gratuit que se caractériserait l'acte indirect, la donation indirecte⁴.

Mais c'est là un moyen audacieux : les catégories réelles sont établies d'après les caractères intrinsèques des institutions ; or ici, l'article 895 rattache l'acte à la catégorie des donations ; et tout ce qui peut résulter d'autres textes, c'est que le même acte, tout en conservant son caractère de donation, se rattache également à une autre institution. Relevant de deux catégories juridiques différentes, on doit lui en appliquer cumulativement les règles. Les catégories juridiques ont été instituées pour assurer le libre jeu des volontés humaines à l'intérieur du cercle tracé par les principes supérieurs, et c'est les détourner de leur rôle que d'en faire un instrument d'affranchissement des volontés à l'encontre même de ces principes supérieurs. S'il est permis de choisir entre deux catégories d'après les caractères dominants de l'acte lorsqu'il s'agit de savoir quelles règles de fond on lui appliquera, il paraît inadmissible d'échapper par ce moyen à des règles de forme impérativement prescrites et de valider ainsi des opérations que la loi a voulu prohiber⁵. Comme l'exprime M. Champeaux⁶,

(1) *Science et technique*, t. III, n° 212-213, pp. 152 sq.

(2) *Op. cit.*, n° 212, p. 154.

(3) *Op. cit.*, n° 212, p. 154. Il n'y a pas lieu de faire application ici de la nullité pour fraude à la loi. Celle-ci suppose un élément moral qui n'existe pas nécessairement : « La culpabilité consiste, non à écarter la loi, mais à se dégager du devoir » (RIPERT, *La règle morale*, n° 174, p. 350). Elle suppose, de plus, que l'acte employé n'est pas sérieux : v. RIPERT, note au D., 1946, J., 65, et, *infra*, notre Conclusion.

(4) MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 24 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, par TRASBOT, n° 411 ; J. ROUSSEAU, *Essai sur la notion juridique de simulation*, Contribution à l'étude des actes indirects, thèse, Paris, 1936, Introduction, *passim*.

(5) Cf. GÉNY, *op. cit.*, n° 213.

(6) Thèse citée, Conclusion, pp. 276 sq.

la catégorie juridique doit être considérée autrement que comme un procédé, comme un moyen de parvenir à tel ou tel résultat pratique : une telle conception serait la ruine des notions juridiques ; sans doute, le droit doit s'adapter à la vie ; mais sa mission d'organiser les rapports des hommes exige qu'il synthétise ces rapports dans des schémas précis et qui ne soient pas abandonnés aux fantaisies des interprètes.

Sur le plan théorique par conséquent, l'opinion exposée ne nous paraît vraie que partiellement. Si, dans certains cas, l'existence d'un texte autonome manifeste suffisamment la volonté du législateur d'apporter une exception à l'article 931, il est impossible d'en faire une maxime générale ; la loi est œuvre de volonté, et non combinaison purement mécanique de textes, et si l'on croit pouvoir dans tel cas instituer une dispense de forme et la faire reposer sur une volonté expressément ou implicitement manifestée par le législateur, il faudrait encore justifier des motifs pour lesquels ce dernier a cru devoir soumettre tel ou tel acte à un régime de faveur, ce que des raisonnements purement techniques sont dans l'impossibilité d'expliquer.

Ce n'est pas seulement sur le plan théorique que l'explication n'est point satisfaisante ; elle est encore condamnée par ses conséquences : sa valeur pratique est nulle. Il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler les conditions auxquelles doit satisfaire une théorie pour mériter d'être retenue comme une explication suffisante¹ : elle doit rendre compte de tous les cas dans lesquels est admise aujourd'hui l'existence et la validité d'une donation indirecte, ou du moins du plus grand nombre d'entre eux ; elle doit d'autre part, pour les cas douteux, fournir un critère suffisamment précis, permettant de dire si tel acte donné est ou non valable. Ni à l'un ni à l'autre de ces points de vue, la doctrine exposée ne nous donne satisfaction, et son insuffisance, déjà certaine lorsque l'on se place successivement sur chacun des deux terrains, devient évidente lorsqu'on les envisage ensemble, car elle nous place alors en face d'un dilemme insoluble.

Une fois le système admis, il est sans doute des institutions dont on peut sans difficultés admettre l'autonomie : nous l'avons vu par exemple pour la remise de dette. Mais il en est d'autres dont la validité en tant que donations indirectes est aujourd'hui passée en force de coutume et dont il n'est pas rendu compte : cela est particulièrement apparent pour tous les contrats onéreux portant sur des prestations dont l'inéquivalence volontaire a pour but d'avantager l'une des parties : vente à vil prix, société où la répartition des bénéfices et les règles de liquidation sont volontairement disproportionnées aux apports. Sans doute pourrait-on prétendre que les articles 1582 à 1701, et 1832 à 1873 du Code civil constituent une réglementation suffisamment développée de la vente et de la société pour consacrer l'autonomie de ces deux institutions et permettre de réaliser par leur canal toutes sortes d'opérations, même gratuites. Mais il est douteux qu'un juriste sérieux admette pareille thèse, qui montre bien l'artifice du principe auquel elle se rattache et qui n'aboutirait à rien moins qu'à faire craquer tous les cadres techniques du droit civil.

Forcée est donc bien d'admettre une limite au jeu de ce principe de l'autonomie des textes. Et c'est alors que l'on s'aperçoit que la thèse ne résout rien, faute de tout résoudre. Car en présence d'un texte, quand pourra-t-on dire qu'il est suffisamment précis pour justifier l'autonomie de l'institution qu'il régit ? suffira-t-il qu'il pose une règle quelconque, ou bien sera-t-il nécessaire qu'il fixe une règle de forme pour cette institution ? la question se ramène à cela, et rien ne permet de la trancher. Rien non

(1) Cf. *supra*, titre 1^{er}, in limine.

plus ne permet de trancher une question voisine : à supposer même que l'on admette l'autonomie de l'institution en cause, quelles seront les limites de cette institution ? où s'arrêtera l'exception apportée aux règles de forme des donations ? Ainsi, des articles 780 et 781, on a déduit que la renonciation à succession constituait une institution autonome : cette autonomie ne s'appliquera-t-elle qu'à la renonciation faite par déclaration au greffe, dans les termes de l'article 784 ? ou bien, comme l'article 780 ne contient pas de distinction, pourra-t-on la faire jouer même en faveur d'une renonciation conventionnelle ? ce sont là des questions pour la solution desquelles cette théorie ne nous fournit pas de directives et qui seront abandonnées, dans chaque espèce, aux lumières individuelles des interprètes.

Il est donc permis de conclure : ou bien l'on donne aux textes une interprétation systématiquement favorable, et l'on peut alors reconnaître à l'explication une valeur quasi universelle, mais elle n'est universelle que parce qu'elle n'explique réellement plus rien et qu'elle tombe dans le verbalisme ; ou bien on exige que le texte marque la volonté du législateur de déroger dans l'hypothèse qu'il vise à la règle de l'authenticité, mais alors il est toute une série de donations indirectes dont on doit renoncer à trouver l'explication, et il est d'ailleurs des textes dont il est difficile de préciser jusqu'à quel point s'étendra leur domaine, et ainsi de nombreuses espèces resteront sans solution. La théorie ne peut donc avoir quelque valeur doctrinale qu'à condition de renoncer à diriger la solution des cas concrets.

Il apparaît donc que, de textes particuliers, on ne peut tirer une doctrine générale : celle-ci ne pourra s'appuyer que sur un texte qui, lui aussi, ait dans ses termes une portée universelle ; les interprètes se sont engagés dans cette voie, et nous allons les y suivre, mais nous sortons ainsi du domaine des théories analytiques qui faisaient l'objet de ce chapitre.

CHAPITRE II

LES THÉORIES SYNTHÉTIQUES

Parmi ces théories que nous qualifions de synthétiques ou générales, parce qu'elles se sont efforcées d'envisager l'ensemble de la matière, toutes n'ont pas recouru aux mêmes procédés de raisonnement : tandis que les unes cherchent dans des textes d'ensemble une justification générale de la validité des donations indirectes, d'autres se placent sur le terrain rationnel et logique, ou bien sur le plan empirique, et cherchent par cette autre voie à aboutir au résultat désiré : à vrai dire, elles n'y parviennent pas toujours ; nous verrons que le terme de théorie synthétique est parfois inexact, et que, de ce côté aussi, apparaîtra le caractère relatif de la classification bipartite que nous avons adoptée.

Les deux sections que comportera le présent chapitre seront d'inégale importance : les arguments de texte, si laborieux soient-ils parfois, imposent à l'interprète une discipline qui contient ses débordements, tandis que ceux-ci peuvent se donner libre cours dans l'étude du donné rationnel ou réel que l'on veut placer à la base des institutions et des règles juridiques.

SECTION PREMIÈRE

LES DOCTRINES D'EXÉGÈSE

I. — On trouve en effet dans le Code civil un certain nombre d'articles visant, par allusion plus que par disposition principale, des hypothèses qualifiées de donations indirectes, d'avantages indirects, etc... C'est ainsi que l'article 843, édictant l'obligation au rapport, énonce qu'elle s'applique à tout ce que le successible « a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement » ; et l'article 853 précise que les profits tirés par l'héritier de conventions passées avec le défunt en sont exempts, « si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites ». De même, l'article 1595, autorisant exceptionnellement les ventes, ou plus exactement les dations en paiement entre époux, réserve les droits des héritiers au cas d'avantage indirect. Enfin l'article 1099 précise que la quotité disponible spéciale entre époux joue même en ce qui concerne ce que les époux se donneront « indirectement », et il ajoute que, entre eux, « toute donation déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle ».

De ce faisceau de textes, on induit un principe que la loi n'a pas posé de manière générale, mais qui serait sous-jacent à ses dispositions et qui n'apparaîtrait que de manière épisodique, dans les textes que nous venons de citer : à côté des dispositions entre vifs passées conformément aux règles formalistes du Code, il en existe d'autres, appelées donations indirectes, qui y échappent et qui sont cependant soumises à certaines des règles qui régissent les libéralités : rapport, respect de la réserve. Les termes de ces

textes permettraient donc d'affirmer l'existence de donations indirectes, qui seraient à la fois des donations, puisque soumises aux règles caractéristiques des actes de cette nature, et cependant des donations indirectes, puisque la validité en est reconnue, alors même qu'elles ont été passées par actes sous seings privés, et puisque la loi elle-même, pour les désigner, emploie l'épithète « indirectes ». L'argument tiré de l'article 1099 paraît en ce sens particulièrement suggestif : tandis que le second alinéa de ce texte édictera la nullité des donations *déguisées* entre époux, le premier se contente de limiter les donations *indirectes* à la quotité disponible, ce qui est le régime général des donations.

Que tous ces textes fournissent la preuve qu'en dehors des donations soumises aux formes du Code, la loi admet implicitement la validité d'autres donations qui y échappent, cela ne nous paraît pas contestable. Mais que l'on en puisse tirer à la fois le fondement de cette validité et le critère de la catégorie, c'est une tout autre question.

Ces textes disposent incidemment, à propos d'institutions particulières : les articles 843 et 853 visent l'obligation au rapport ; les articles 1099 et 1595 concernent la réduction pour atteinte à la réserve ; ils ne statuent pas directement sur la validité des donations indirectes, institution dont ils supposent connus et le fondement, et le domaine ; ils ne peuvent donc servir à fixer ces deux points.

C'est qu'en effet les termes dont ils font usage dans leurs allusions sont tout à fait imprécis quand ils ne sont pas très étroits : les articles 853 et 1595 parlent d'avantage indirect, et ce terme n'est pas synonyme de donation indirecte¹ : il s'agit seulement de l'avantage indirect résultant d'une convention principalement onéreuse, convention quelconque dans l'article 853, vente dans l'article 1595 ; l'allusion laisse complètement de côté les donations indirectes résultant d'un acte abstrait et les stipulations pour autrui à titre gratuit. Les articles 843 et 1099 sont-ils plus lourds de conséquences ? Peut-être en ce sens que leurs termes sont susceptibles d'extensions beaucoup plus vastes, mais, à raison même de l'imprécision qui est la rançon de leur ampleur, les conclusions que l'on en peut tirer sur notre question sont beaucoup moins sûres et traduiront davantage l'opinion personnelle de l'interprète que la volonté du législateur. L'article 843, en soumettant au rapport les donations indirectes, a entendu viser par là, pensons-nous, toutes celles qui ne résultent pas d'un acte en forme ; il a entendu l'expression dans son sens le plus large, comprenant à la fois, avec ce que nous appelons donations indirectes, les dons manuels et les donations déguisées. On avait, il est vrai, soutenu au cours du XIX^e siècle que les donations déguisées se trouvaient soustraites à l'obligation du rapport² et que, par conséquent, seules les donations indirectes *stricto sensu* relèveraient de l'article 843. M. Raymond Garnier a fait justice de ce raisonnement³. C'est qu'en effet le terme de donation indirecte peut être pris, soit dans un sens large comprenant toutes les donations non notariées, soit dans un sens étroit, se limitant à celles qui ne sont entachées ni de déguisement ni d'interposition de personnes. Dans la thèse qui vient d'être exposée, ce serait seulement ce sens étroit et technique

(1) Comp. les termes employés par JOSSERAND, *Cours*, 3^e éd., t. III, n° 1315, p. 799, et n° 1319, p. 801 : « libéralité indirecte, donation indirecte » en parlant de renonciation ; « avantage indirect » résultant d'un acte onéreux dont les clauses favorisent intentionnellement l'une des parties.

(2) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, § 1^{er} et les références, not. MARCADÉ, t. III, n° 329, p. 237 ; voir aussi les références indiquées par R. GARNIER, thèse citée, pp. 74-79.

(3) Thèse citée, pp. 74-79.

que l'article 843 aurait eu en vue. Or cela est impossible : « Ce sens technique du mot libéralités indirectes est un sens tout moderne. Créé par la doctrine qui en a restreint arbitrairement la portée, c'est à peine s'il a pénétré dans la pratique, c'est à peine même si, dans la doctrine, on l'emploie toujours avec ce sens général. Nous n'hésiterons pas à affirmer que jamais le législateur de 1804 n'a connu cette acception spéciale du mot. A peine a-t-il discerné la chose et nulle part dans son œuvre nous n'en rencontrons même l'esquisse d'une théorie générale¹. » C'est donc un terme sans signification juridique précise qu'emploie le législateur dans l'article 843, et ce texte est, par conséquent, inutilisable pour nous.

En est-il de même de l'article 1099 ? A première vue, la différence est très nette, car ici les donations indirectes, qui voient proclamer leur validité dans les limites de la quotité disponible, sont opposées, non pas seulement, d'une manière tout implicite d'ailleurs, aux donations authentiques, également et évidemment valables, mais encore, et très explicitement, aux donations déguisées ou par personnes interposées dont le texte prononce la nullité entre époux. On peut donc, semble-t-il, déduire du texte que la donation indirecte présente des caractères propres, qui en font une notion juridique distincte.

N'est-ce pas là une interprétation quelque peu divinatoire ? Ne peut-on pas dire que les donations déguisées ou par personnes interposées sont des variétés de donations indirectes qui eussent été soumises à la règle de l'alinéa 1^{er} si l'alinéa 2 n'était venu y déroger ? On saisit ici la fragilité des arguments de texte lorsqu'ils ne sont pas directs : ils ne doivent être pour le juriste qu'un *ultimum subsidium*. En tout cas, et quelle que puisse être la valeur de cet argument pour fonder la validité des donations indirectes, nous devons reconnaître qu'il est totalement incapable de fournir un critérium utilisable de l'institution. Quand pourra-t-on dire qu'il y a donation indirecte ? comment résoudra-t-on les cas douteux ? c'est là un problème qui se pose avec d'autant plus d'acuité que, pour l'application de l'article 1099, et à raison du régime particulier auquel il soumet les donations entre époux, il y a intérêt pratique à distinguer la donation indirecte non seulement de la donation directe sous seings privés, mais encore de la donation déguisée qui est, ici, frappée de nullité ; si l'article 1099 oblige à poser cette antinomie, il ne fournit aucun élément permettant de la résoudre.

Ce n'est donc pas parce qu'un texte emploie le terme d'avantage indirect ou même de donation indirecte que l'on peut fonder sur lui la validité des opérations dont nous avons entrepris l'étude. Le terme « indirect » a, dans la langue du droit, un sens trop peu précis pour que, de son emploi par le législateur, on puisse tirer des conclusions fermes.

Il n'en résulte pas, pour autant, que nous ayons épuisé l'étude des arguments de texte. Les commentateurs du Code, que leurs principes conduisaient à borner leurs investigations au texte de la loi, ont du moins dans ce domaine fait preuve d'une grande imagination. Et il nous reste à exposer une dernière base textuelle que l'on a prétendu donner à la validité des donations indirectes.

II. — Les arguments précédents étaient propres aux donations indirectes, considérées comme une catégorie distincte. Celui que nous allons exposer, au contraire, aura une portée plus générale, et pourra être employé aussi bien à propos des donations déguisées ou des dons manuels. C'est

(1) R. GARNIER, thèse citée, p. 78. — Comp. : COLIN et CAPITANT, 9^e éd., t. III, n° 1582, p. 822.

dire, dès à présent, que, s'il pourra prétendre distinguer le domaine où la forme authentique est obligatoire de celui où il est à la rigueur possible de s'en passer, il sera bien difficile de lui demander des solutions permettant de délimiter les champs respectifs des diverses catégories de donations sans formes.

L'argument est tiré du texte même qui soumet la donation aux formes authentiques : s'il était exact, ce texte se trouverait à la fois poser le principe de l'obligation de respecter les formes authentiques et fixer les limites de ce principe.

L'article 931 est, en effet, ainsi libellé : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires... » Dès lors, dit-on, ce ne sont pas toutes les donations qui sont soumises à la forme authentique, mais seulement les « actes portant donation ». Reste à préciser le sens de cette périphrase.

Dans la période qui suivit immédiatement la promulgation du Code civil, on semblait considérer la forme authentique comme nécessaire toutes les fois qu'il y avait un acte instrumentaire¹, et l'on n'en dispensait les parties que si un acte matériel suffisait à réaliser la donation. L'exception type était le don manuel, et, si certaines donations indirectes, très rares, bénéficiaient de la même faveur, c'était précisément à raison de leur analogie avec le don manuel : telle la remise de dette résultant de l'abandon du titre entre les mains du débiteur². Ainsi présenté, l'argument n'avait qu'une portée pratique très limitée et ne pouvait rendre compte de la validité que d'un nombre infime de donations indirectes. Aussi pressent-on dès cette époque l'extension qui lui sera donnée plus tard.

Au lieu d'insister, dans l'expression « actes portant donation », sur le mot « actes », on appuie sur les termes « portant donation » : seraient dispensés de l'authenticité tous les actes qui servent bien à réaliser une donation, mais qui ne *portent* pas donation³. Ainsi la renonciation à un droit, et spécialement la renonciation à succession faite *animo donandi*, est dispensée des formes spéciales des donations, car rien n'indique, dans l'acte qui la réalise, le but libéral qu'elle poursuit. De même, la stipulation pour autrui, qui peut être consentie en faveur du tiers bénéficiaire aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux : rien n'indique dans le contrat ce qu'il en est. De même enfin, et à plus forte raison, l'avantage indirect résultant du déséquilibre volontaire des clauses d'un contrat n'apparaît pas dans ce contrat, qui ne peut donc être considéré comme un acte portant donation.

Quelle valeur peut-on accorder, soit du point de vue théorique, soit du point de vue pratique, à pareille justification à l'égard de laquelle les auteurs mêmes qui l'exposent émettent des doutes⁴ ?

Sur le plan théorique, elle se heurte aux mêmes objections que toutes les doctrines exégétiques : il est artificiel, en présence d'un texte posant un principe d'apparence tout à fait générale, d'en limiter le domaine d'après des inductions plus ou moins divinatoires fondées sur l'emploi de tel ou tel terme : le législateur n'est pas un grammairien. On a soutenu, certes, que la loi devait être interprétée objectivement, d'après son texte,

(1) TOULLIER, t. V, n° 172 ; DELVINCOURT, t. II, p. 467.

(2) TOULLIER, *op. cit.*, n° 179, p. 183 ; cf. *supra*, ch. 1^{er}, sect. 2.

(3) DEMOLOMBE, *Donations entre vifs et testaments*, t. III (XX de la collection), nos 55 et 82 ; BAUDRY-LACANTINERIE et MAURICE COLIN, t. 1^{er} (X de la collection), n° 1132 ; PLANIOL, *Traité élém.*, 11^e éd., n. t. 1937, n° 2533 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, par TRASBOT, n° 411 ; MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 24. — Comp. : COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1619.

(4) MAGUET, *loc. cit.*

et non pas d'après des travaux préparatoires qui seraient censés révéler la volonté de ses auteurs¹. Mais, si l'on justifie cette exclusion des travaux préparatoires par le fait que, dans des assemblées nombreuses comme celles qui ont charge aujourd'hui d'élaborer les lois, les déclarations, souvent contradictoires, de quelques-uns, ne représentent pas la volonté réelle de tous ceux dont le vote favorable a été nécessaire pour l'adoption du texte, des raisons similaires devront faire exclure une interprétation qui attacherait valeur exclusive à une formule fugitive et qui ne traduit pas nécessairement de manière précise l'idée qu'elle a voulu exprimer. Si l'on veut bien replacer l'article 931 dans l'ensemble où le législateur l'a fait figurer, on verra au contraire que l'argument que l'on prétend tirer de sa formule est sujet à discussion, même sur le pur terrain de l'exégèse. Dans le titre II du livre III du Code civil, il inaugure le chapitre IV, « Des donations entre vifs », et sa section première, « De la forme des donations entre vifs ». Et, dans toute cette section, s'il est traité, en même temps que des formes proprement dites de la donation, de la règle de l'irrévocabilité, artificiellement considérée par le législateur comme une formalité intrinsèque, en revanche on n'y trouve rien qui fasse allusion à des donations qui seraient dispensées de l'authenticité. Et cela paraît d'autant plus suggestif que, sous l'empire de l'Ordonnance royale de 1731, dont les dispositions sont à la base des règles du Code en la matière, s'était posée la question de la validité, non seulement des dons manuels, mais aussi de ces actes que Furgole appelait donations tacites et qui sont analogues à nos modernes libéralités indirectes². La question devait d'autant plus s'imposer à l'attention des rédacteurs du Code que, quelques semaines avant la promulgation du titre « Des donations entre vifs et des testaments »³, le Tribunal de cassation, par un jugement de sa section civile du 6 pluviôse an XI, avait décidé que les donations déguisées sous forme d'un contrat onéreux rentraient dans le cadre des donations tacites ou conjecturales et échappaient à ce titre aux formalités des donations entre vifs⁴. Le silence du législateur, à la section « De la forme des donations entre vifs », prend presque la valeur d'une disposition prohibitive lorsqu'on le rapproche de l'article 893 qui exclut tout mode de disposer de ses biens à titre gratuit entre vifs autre que la donation entre vifs.

Notre raisonnement n'est sans doute pas plus convaincant que celui que nous avons condamné ; on pourrait lui objecter les textes, précédemment énumérés, où le législateur fait allusion, en dehors de la section du Code qui fait l'objet de nos recherches actuelles, à diverses formes de donations indirectes. L'échec des deux thèses opposées devrait suffire à montrer que la discussion n'a pas été engagée sur son véritable terrain.

Mais supposons un instant que ces arguments de texte constituent bien la base juridique véritable de la théorie des donations indirectes. On peut faire, en tout cas, du point de vue pratique, à l'article 931, les mêmes reproches que nous adressons tout à l'heure aux articles divers qui faisaient allusion aux donations indirectes. S'il peut permettre, sans d'ailleurs l'expliquer autrement que par un argument d'autorité, de poser le principe de la validité des donations indirectes, il est insuffisant à en fixer les limites et à en poser le critère.

Dans l'interprétation la plus stricte qui en était donnée, celle de Del-

(1) H. CAPITANT, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, D. H., 1935, Chr., pp. 77-80 ; et *Recueil Gény*, tome II, pp. 204-216.

(2) Cf. JOLIVET, thèse citée, pp. 26-27 et 31-32.

(3) 23 floréal an XI.

(4) Civ. 6 pluviôse an XI, S., an XI, 1, 211 ; cf. JOLIVET, thèse citée, p. 22.

vincourt et de Toullier, ce critère était clair et ces limites précises : la dispense de formes ne jouait que si aucun écrit n'était nécessaire pour réaliser la donation : tout au plus un écrit pouvait-il intervenir pour constater des pactes adjoints.

Mais que décider depuis l'abandon de cette doctrine restrictive ?

Il convient d'abord de rappeler que l'article 931 ne fournit, pas plus que l'article 1099, la discrimination indispensable entre donations indirectes et donations déguisées, puisque ses termes justifient la validité des unes aussi bien que des autres.

D'autre part, il est bien des cas où l'acte ne porte pas explicitement donation, et où pourtant ce caractère apparaît presque à l'évidence, il est alors bien difficile de valider l'opération sans tomber dans le verbalisme : la reconnaissance de dette, et surtout la promesse de payer, ne portent pas *expressis verbis* qu'elles sont faites à titre de donation ; pourtant, surtout en ce qui concerne la seconde, toute personne qui la lira devinera aisément que tel est bien son caractère ; devra-t-on la déclarer valable ou nulle ? la jurisprudence n'a pas encore posé sur ce point de principes bien assis, et il serait utile qu'une doctrine ferme proposât une solution nette. La stipulation pour autrui, par contre, — et spécialement l'assurance sur la vie au profit d'un tiers à titre gratuit, — voit aujourd'hui sa validité consacrée non seulement par des arrêts répétés, mais même par la loi : il serait utile que l'explication qui nous est proposée s'harmonisât avec cette solution : or, si l'acte attributif du bénéfice de la police ne mentionne pas *in terminis* à quel titre il est consenti, il n'est douteux pour personne, lorsqu'il a lieu au profit du conjoint, des enfants, ou de proches parents, qui peuvent même ne pas être désignés nominativement¹, qu'il est bien réalisé à titre gratuit. Se contenter en pareil cas de la justification tirée du texte de l'article 931, c'est faire preuve d'une véritable hypocrisie ; c'est, en tout cas, réduire le principe posé par ce texte à un pur néant, car jamais des contractants, ayant le moindre rudiment de connaissances juridiques, n'indiqueront expressément dans un acte sous seings privés qu'il est passé à titre de donation. Ramener à un tel état le formalisme légal est contraire non seulement au bon sens, mais encore à la jurisprudence, qui, dans le domaine notamment des reconnaissances de dette, annule fréquemment un écrit parce que le caractère de donation y est trop apparent².

Si les termes de l'article 931 peuvent servir, au moins à titre d'appoint, à valider certaines donations sans forme, ce sont les donations déguisées plutôt que les donations indirectes, et alors la jurisprudence exige un déguisement sérieux, qui trompe vraiment les tiers, elle veut que le mensonge soit complet, qu'à aucun degré, l'acte ne porte donation³.

La conclusion qui nous paraît se dégager de cette trop longue discussion de textes est la suivante : tout un ensemble de dispositions légales semblent avoir envisagé que des donations seraient faites en dehors des formes authentiques et qu'elles seraient valables ; mais ces dispositions ne nous fixent ni directement ni indirectement sur le champ et les conditions de cette validité : directement, elles ne nous disent pas en quel sens elles entendent le terme de donations indirectes qu'elles emploient parfois, elles n'avaient d'ailleurs pas à le dire : indiquant seulement le domaine

(1) Loi du 13 juillet 1930, art. 63.

(2) Cf. JOSSERAND, *Libéralisme et verbalisme*, D. H., 1933, Chr., pp. 65-68 ; *Les mobiles*, n° 197, pp. 244-245.

(3) JOSSERAND, *loc. cit.* ; SAVATIER, *Cours*, t. III, n° 952, et *Rev. trim.*, 1945, pp. 205-206, n° 4.

dans lequel jouent les règles de rapport et de réduction propres aux libéralités, elles s'étendent à toutes les donations sans forme dans la mesure où elles seront valables, mais sans préciser cette mesure ; indirectement, et pour la même raison, elles n'indiquent pas les motifs qui ont conduit le législateur à les valider dans certains cas et dont on aurait pu déduire les règles de l'institution. Ce sont ces motifs qu'il nous faudra rechercher, pour eux-mêmes, et sans espérer les trouver inscrits dans une formule de la loi.

SECTION II

LES DOCTRINES CRITIQUES

I. — Parmi les doctrines qui connaissent d'autres arguments que ceux de la grammaire, il en est une assez timide, et qui ose à peine prendre cette liberté de consacrer sans texte la validité des donations indirectes. Plutôt que d'une théorie autonome, il s'agit d'une argumentation d'appoint qui vient au secours des textes dont nous avons vu l'insuffisance foncière. Si, dit Demolombe¹, le législateur ne soumet à l'authenticité que les actes portant donation, c'est que toute solution différente est impossible : « elle ferait violence à la nature même des choses, et blesserait profondément les habitudes les plus universelles et les plus nécessaires de la société humaine ! La donation est, de toutes les conventions peut-être, celle qui est susceptible de revêtir les formes les plus diverses et de se produire dans les occasions les plus nombreuses et les plus variées ; et c'était une tâche impossible que d'entreprendre d'en subordonner la validité, partout et toujours, à des conditions de forme solennelles ! Aussi, dans tous les temps, les législateurs ont-ils reconnu la validité de certaines libéralités, indépendamment des solennités auxquelles ils avaient soumis la donation ». « Par la force même des choses, disent de même Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin², de semblables libéralités ne sauraient être soumises à l'observation des solennités prescrites par les articles 931 et suivants du Code civil. » Il est singulier de voir ces exégètes reconnaître ainsi l'impuissance du législateur à faire violence à la nature des choses, comme ils l'avaient reconnue également en ce qui concerne les dons manuels, « institution de fait plus que de droit » qui s'impose à la loi même³.

Il est bien exact que, à raison de leur fréquente clandestinité, les donations indirectes, comme les dons manuels, échapperaient souvent aux prises d'un législateur qui voudrait les prohiber. Mais ce n'est pas là une raison suffisante de proclamer leur validité, et nous y verrions plutôt un motif supplémentaire de les interdire. Les donations indirectes, nous aurons l'occasion de développer ce point, sont valables, mais soumises à des règles de fond, qui leur sont communes avec l'ensemble des libéralités et qui viendront souvent en réduire sinon en supprimer l'efficacité : les soumettre à ces règles suppose qu'on les a d'abord décelées ; et de nombreux procès se sont engagés, qui prouvent qu'en fait il est parfaitement possible, sinon toujours facile, de prouver l'existence de libéralités indirectes. Il y a tout lieu de croire que cela eût été aussi facile s'il s'était agi d'en faire reconnaître la nullité. Et celle-ci aurait précisément sanctionné la dissimulation d'une donation indirecte, de même que parfois elle sanc-

(1) T. III (XX de la collection), n° 54, p. 46.

(2) T. X de la coll., n° 1222, p. 553.

(3) Voir l'exposé et la critique de cette doctrine dans : PACILLY, thèse citée, nos 23-24, pp. 57-60.

tionné la simulation qu'utilisent les parties en vue de déguiser leur acte¹ : la sanction de la nullité, en incitant les parties à ne pas recourir à cette forme par crainte d'inefficacité totale en cas de découverte de l'opération, eût présenté ici une valeur préventive.

Loin, par conséquent, d'attirer la mansuétude de la loi, la difficulté de déceler et d'empêcher les donations indirectes eût dû plutôt conduire le législateur à les interdire complètement. Ce n'est donc pas de ce côté qu'il faut chercher l'explication de leur validité. D'autant moins qu'ainsi on ne pourrait fixer le domaine précis de ce qui est permis, et de ce qui est défendu : selon quel critère, dans chaque espèce, se prononcera-t-on pour la validité ou pour la nullité ? dira-t-on qu'un acte ne pourra valablement contenir une donation que si son emploi à cette fin est suffisamment fréquent pour qu'il impose au législateur d'en reconnaître la validité ? On voit à quel arbitraire on s'expose par là. Si la législation écrite ne contient pas tout le droit, si ses auteurs doivent dans son élaboration tenir le plus grand compte des aspirations du milieu juridique et de la facilité que l'on rencontrera pour l'appliquer, du moins lorsqu'une disposition est claire et générale, le juge ne doit-il pas céder devant la résistance des sujets et prendre prétexte de cette résistance pour faire plier la règle : si l'interprète peut et doit même suggérer les modifications législatives qui lui paraissent utiles, il ne peut les opérer de sa propre autorité à l'encontre d'un texte formel².

Et ce texte doit être respecté même si l'exécution immédiate de l'obligation contractée dispense le bénéficiaire de recourir à la justice pour obtenir la prestation qui lui a été promise. Ainsi ne saurait-on davantage soutenir que la donation indirecte est valable, comme le don manuel, lorsqu'elle est immédiatement exécutée et que par là même le donataire n'a aucune action à exercer pour faire valoir son droit. Cette exécution peut, certes, être prise en considération, car elle démontre que la volonté a revêtu une certaine intensité qui permettra peut-être de lui reconnaître une plus grande efficacité³. Mais elle n'est ni toujours nécessaire ni toujours suffisante pour qu'existe une donation indirecte valable, et le rôle qu'elle joue vient de la psychologie qu'elle révèle plutôt que de la situation matérielle qu'elle crée, de sorte que le commencement d'exécution suffira parfois à rendre parfait l'engagement, alors pourtant que ce commencement d'exécution ne suffit pas à rendre superflu tout recours aux tribunaux.

II. — Aussi, la justification logique le plus souvent présentée à l'appui de la validité des donations indirectes est-elle autre : elle se fonde sur la maxime générale *accessorium sequitur principale* : la donation indirecte est valable parce qu'elle n'est qu'un effet, voulu certes, mais accessoire, d'un acte principal qui n'a pas le caractère gratuit, et qui, par conséquent, vaut par lui-même.

Une double observation s'impose dès l'abord sur l'utilisation qu'a faite la doctrine de cet argument.

Dire que c'est celui qui a été le plus souvent présenté ne signifie pas

(1) Cf. notamment art. 1099.

(2) Les auteurs contemporains tendent à admettre la force obligatoire de la coutume, même à l'encontre d'une loi d'ordre public, à condition de respecter les règles de la morale et les principes supérieurs de notre ordre juridique : *sic*, Aug. LEBRUN, *La coutume*, thèse, Caen, 1932. — Mais voir : F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., t. I, n° 129, pp. 406-417.

(3) V. les solutions admises par l'ancien droit concernant les sollicitations faites dans un intérêt public : comp. MARX, thèse citée, pp. 26-42.

que partout et toujours il l'a été sous la même forme, ni qu'il a reçu les mêmes applications. Au contraire, cet argument est un de ceux que l'on ne discute guère, que l'on indique en passant, souvent à propos d'une application particulière et sans lui donner une forme générale ; les uns l'appliquent même aux donations déguisées tandis que d'autres l'excluent de ce domaine. Il est diffus dans les ouvrages, et par là même il est essentiellement imprécis.

Dire, par ailleurs, qu'il a été présenté comme un argument rationnel n'est pas toujours parfaitement exact. Même les auteurs les plus récents le présentent parfois comme un argument de texte, pour l'interprétation de l'article 931 du Code civil. C'est ainsi que M. Jolivet, réfutant la théorie qui prétendait que les donations déguisées étaient valables parce qu'en pareil cas il n'y a pas d'acte portant donation, écrit : « Notre droit ne connaît plus de termes sacramentels. L'article 931 a simplement entendu par cette expression... tout acte dressé dans le but de faire une donation, *dont la donation est l'objet direct et principal*¹, et tel est bien le cas de celui qui réalise une donation déguisée, malgré la simulation qu'il contient²... Quant à la libéralité indirecte, elle se réalise *accessoirement* à un contrat onéreux sincère et *sa validité provient de celle de l'acte principal*³. » Mais il semble plutôt se dégager de l'ensemble des auteurs cette idée que le principe *accessorium sequitur principale* est inspiré de la nature des choses et pourrait servir à valider la donation indirecte même si l'article 931 était autrement rédigé et si l'on n'y trouvait pas la fameuse formule : « tous actes portant donation ».

La donation n'est pas en effet le seul acte juridique pour lequel se soit posée la question de qualification. Le problème s'est posé de manière très générale en droit international privé : l'analyse de tout acte juridique, comme de toute institution, suggère plusieurs qualifications différentes, entre lesquelles il s'agit de choisir la qualification prépondérante⁴ : si les méthodes de solution de ce problème relèvent de considérations bien différentes de celles du droit interne, la manière de le poser est assez analogue. En droit interne en effet, et malgré le principe général de liberté des conventions, c'est souvent de la qualification donnée à un acte que dépendent les règles à lui appliquer : soit les règles impératives qui tendent à devenir aujourd'hui de plus en plus nombreuses, soit les règles purement supplétives lorsque la convention ne s'est pas prononcée à leur sujet : les unes comme les autres sont fixées par catégories et dépendent de la nature qui sera reconnue au contrat, de la catégorie dans laquelle on le rangera. Or un contrat peut contenir des dispositions de diverses natures : faut-il en pareil cas les soumettre chacune à des règles fixées d'après sa nature propre ou au contraire ne doit-on pas qualifier en bloc le contrat et appliquer à l'ensemble de ses dispositions les règles découlant de cette qualification globale ? La première solution peut paraître plus exacte, parce que plus nuancée ; mais on peut lui reprocher sa complexité, qui aboutit à ce que des internationalistes ont appelé le « dépeçage du contrat »⁵, contraire à l'intention des parties qui, en traduisant leurs volontés dans un unique *instrumentum*, ont manifesté l'unité psychologique de leur acte. Aussi la

(1) C'est nous qui soulignons.

(2) Thèse citée, p. 32.

(3) Thèse citée, p. 33.

(4) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., 1937, n° 253, p. 285.

(5) On parle aussi de « morcellement » ou d'« échantillonnage » : v. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, n° 77, pp. 69-71.

jurisprudence tend-elle, de manière générale, à qualifier chaque acte d'après l'ensemble de ses clauses et à appliquer à chacune d'entre elles les règles déduites de cette qualification d'ensemble : cela pourra conduire à la nullité aussi bien qu'à la validité de l'opération : c'est ainsi que, si une promesse de vente est nulle comme pacte sur succession future, le bail contenu dans le même acte sera également atteint de nullité¹ ; c'est ainsi encore que la clause de prélèvement à titre onéreux des droits sociaux propres à l'époux prémourant, contenue dans un contrat de mariage, nulle en tant que telle puisque la jurisprudence y voit un pacte sur succession future, ne peut davantage valoir acceptation par le conjoint de la stipulation en sa faveur contenue dans le pacté social antérieurement passé².

Dans les cas que nous venons de citer, il s'agissait de savoir si une clause accessoire d'un contrat n'empruntait pas la nature de l'ensemble de l'opération³. Mais cette nature n'était pas discutée. Il peut n'en être pas toujours ainsi : dans le doute, suivant quels principes se fera la classification ? ce sont encore les mêmes règles qui joueront, la Cour de cassation a eu tout récemment l'occasion de le rappeler. Elle avait à statuer sur une convention d'exploitation de carrière, que les parties avaient qualifiée de bail, mais qui en fait comprenait des clauses se référant à la fois à un louage d'immeuble et à une vente des produits du sol et où d'ailleurs la redevance unique était proportionnelle à la valeur des matériaux extraits : la Cour suprême casse la décision qui, y voyant un louage d'immeuble, ne l'a pas mise en mesure d'exercer utilement son contrôle sur cette qualification « en ne s'expliquant pas sur les éléments objectifs du contrat et en s'abstenant de rechercher l'objet *prédominant* de celui-ci »⁴.

C'est donc bien l'objet prédominant d'une convention qui sert à la qualifier. Et ce principe serait le fondement juridique de la validité des donations indirectes.

III. — S'il est une variété de donations indirectes à laquelle il convienne particulièrement, ce sont les avantages indirects résultant pour l'une des parties d'un contrat onéreux parfaitement sincère. Les contractants ont eu l'intention primordiale de réaliser entre eux une vente ou un bail, ou une société, ou tout autre acte ; ce n'est pas parce que, dans le dessein d'avantager l'un d'eux, l'une des prestations n'a pas été estimée à sa juste valeur que l'on peut frapper de nullité l'ensemble du contrat : il serait inconcevable que la nullité de cette clause secondaire, si on la prononçait, réagit sur l'ensemble de l'acte ; mais, d'autre part, il est difficile de l'annuler seule sous prétexte du défaut de forme en laissant subsister l'ensemble du contrat : la mise en œuvre de cette nullité exigerait, en effet,

(1) Req. 4 déc. 1935, veuve Verdinelle c. Bourdelle, *S.*, 1936, 1, 47.

(2) Civ. c. 11 janvier 1933, dame Moritz c. veuve Crémieux et Millaud, *D. P.*, 1933, 1, 10 et note H. CAPITANT, *S.*, 1933, 1, 161 et note F. GÉNY ; Req. 20 juillet 1936, veuve Crémieux c. époux Moritz, *D. H.*, 1936, 555. — *Contra* : Paris, 21 fév. 1930, *S.*, 1930, 2, 97 et note F. GÉNY, *D. P.*, 1931, 2, 1 et note H. CAPITANT, cassé par l'arrêt du 11 janvier 1933 précité. M. CAPITANT, notes précitées, notamment sous l'arrêt de Paris, approuve les arrêts de cassation. Voir aussi la note de M. BATIFFOL au *S.*, 1935, 1, 329, sous Req. 3 avril 1935, consorts Bernon c. dame Deltour : « on peut fort bien admettre qu'un acte nul, s'il ne produit pas les effets juridiques voulus par les parties, exprime éventuellement une intention tacite dans un ordre d'idées différent, qui garde sa valeur » ; en pareil cas « l'acte vaut comme fait révélateur d'intention sinon comme acte de volonté générateur de droits » (p. 133, col. 1).

(3) Dans l'affaire Crémieux, il ne s'agissait pas de l'ensemble du contrat de mariage, mais seulement de la totalité de la clause de prélèvement.

(4) Civ. c. 30 oct. 1945, Baige c. Soc. Agensina et Bertolotti, *D.*, 1946, J., 52.

à raison de l'indivisibilité matérielle de la clause contenant à la fois acte onéreux et donation, que l'on revisât le contrat pour l'annuler ; or, si dans le droit classique des obligations, malgré le principe posé de l'autonomie de la volonté, il existe cependant des cas où la loi annule un contrat, il est en principe interdit de le refaire. Soit une vente réalisée intentionnellement au-dessous du juste prix : si l'on veut annuler pour défaut de formes la donation qu'elle contient, on est obligé de maintenir le contrat en modifiant le prix qui a été stipulé ; on refait le contrat, ce qui est en un sens plus grave que de l'annuler, car peut-être les parties n'auraient jamais passé la convention si on leur avait imposé dès l'origine de telles clauses. Comme le fait remarquer Demolombe, si le contrat de vente est valable, il doit l'être dans tous ses éléments, et notamment dans la détermination de son prix¹.

Même sur ce terrain d'élection, la thèse peut prêter à des objections : on doit, dit-on, prendre le contrat tel qu'il est ; or, même si l'on admet sa validité, ce résultat ne sera pas toujours atteint : lorsque la donation, valable, sera frappée de révocation, ne sera-t-on pas obligé, pour faire jouer celle-ci, de refaire le contrat² ? D'autre part, il existe des cas-limites dont la théorie ne paraît plus de nature à rendre compte. Si Demolombe lui reconnaît une valeur exhaustive, d'autres auteurs se sont montrés plus réticents et estiment que, dans le cas où le prix stipulé est inférieur de plus de moitié au juste prix, l'acte est principalement une donation, le caractère onéreux n'est plus qu'accessoire, ce qui devrait conduire à soumettre l'acte pour le tout aux formes authentiques³.

A plus forte raison, est-ce avec quelque hésitation et sous le bénéfice de certaines adaptations que l'on a fait jouer les mêmes principes en ce qui concerne les autres variétés de donations indirectes.

Cela n'apparaît guère pour les stipulations pour autrui : Colmet de Santerre⁴, Marcadé⁵, Demolombe⁶, Planiol⁷, d'autres encore⁸, voient dans la validité de la stipulation pour autrui réalisant donation une application de la maxime *accessorium sequitur principale* : partie secondaire d'un contrat principal qui par sa nature n'est soumis à aucune condition de forme, elle doit profiter des privilèges de cet acte dont elle n'est que l'accessoire. Et Planiol pose dans un seul texte et dans une seule phrase le principe dont il déduit la validité des donations indirectes accessoires à un contrat onéreux, soit qu'elles profitent à une partie, soit qu'elles profitent à un tiers.

Il s'agit là d'actes dont le caractère de donation n'est qu'accessoire, au moins en la forme. Et c'est dans ce caractère accessoire que certains ont vu la pierre de touche de la distinction entre donations indirectes et donations déguisées : « il faut, écrit M. Marcel Clos⁹, s'en tenir à la place qu'occupe dans l'esprit du disposant l'*animus donandi* ; cette place est-elle la première, il y a donation déguisée ; si elle n'a pas cette prééminence, il y a libéralité indirecte ».

(1) *Op. cit.*, t. III (XX) n° 97. — Comp. : COLMET DE SANTERRE, sur DEMANTE, t. IV, n° 3 bis-V, p. 5 ; RAGEYS, thèse, 1868, pp. 48-50.

(2) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, *in limine*.

(3) RAGEYS, *loc. cit.*

(4) Sur DEMANTE, t. V, 1865, art. 1121, n° 33 bis-V.

(5) T. IV, 1873, art. 1121, III, n° 437.

(6) T. III (XX), n° 90.

(7) *Traité élém.* t. III, 1937, n° 2549.

(8) Not. RAGEYS, thèse citée, pp. 44-48.

(9) Thèse citée, 1941, p. 73. — Dans le même sens : Henry NOUVEAU, thèse, Nancy, 1943, pp. 10-11.

En tout cas, pour la stipulation pour autrui comme pour l'avantage indirect profitant à l'une des parties, tout est question de nuances, nous l'avons vu : il est des cas où l'on ne peut plus vraiment dire que l'avantage indirect, que la stipulation bénéficiant à autrui constitue un effet accessoire de l'acte : sans que ce dernier perde rien de sa sincérité, elle en devient le but. Et la théorie de l'accessoire ne prend plus alors qu'une valeur purement technique, que R. von Ihering¹ et, après lui, M. J. Rousseau², ont mise en lumière.

Ihering pose cette loi d'économie juridique, selon laquelle « la jurisprudence ne doit pas créer des moyens et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse »³. L'un de ces moyens consiste dans l'emploi d'actes qui produisent normalement toute une série d'effets, parmi lesquels les parties n'en ont eu en vue qu'un seul, et souvent très accessoire : ainsi l'adrogation de Clodius par Fonteius a-t-elle eu pour but et pour seul effet de faire du premier un plébéien. Une technique analogue s'observerait dans le droit moderne : la renonciation *in favorem* en serait un exemple : alors que l'institution légale de la renonciation a pour finalité générale de rendre son auteur étranger à la succession ou au droit auquel il renonce, de lui permettre de l'abdiquer, il y a « acte indirect » lorsqu'elle est utilisée dans le but spécial de gratifier celui qui en bénéficiera. Cet effet est juridiquement accessoire, et c'est pourquoi l'acte est en pareil cas valable bien qu'il n'ait pas été passé devant notaire. Le recours aux actes indirects, qui en droit romain servait à obtenir des résultats juridiques qui eussent été impossibles autrement, permet en droit français moderne de réaliser sous seings privés des actes que la loi a conçus comme authentiques.

Il s'agit dans le cas particulier d'une justification dont le caractère technique est de nature à nous révéler l'artifice. Plaçons-nous donc sur un plan plus général pour fixer la valeur du procédé employé.

Nous n'examinerons pas à cette place la valeur qu'on peut lui reconnaître pour délimiter les domaines respectifs de la donation indirecte et de la donation déguisée : ces deux formes de donation n'étant au fond que deux mécanismes différents en vue de réaliser une intention libérale semblable au fond, on concevrait que ce fût un critère purement technique qui permit de les départager, sans que pour autant ce critère pût servir à justifier l'exclusion de règles légales qui ont été dictées par des motifs de fond. Nous pouvons donc sans inconvénient réserver cette question qui ne préjuge en rien de celle que nous étudions actuellement.

IV. — Or l'application de la théorie de l'accessoire, et le sens même donné à cette théorie, ont été entendus de manière différente suivant qu'il s'agissait de tel ou tel des cas de donation indirecte.

Lorsque l'acte est principalement onéreux et que c'est seulement l'une des clauses qui a été rédigée de manière à assurer un avantage à l'une des parties (vente à vil prix), il y a bien à proprement parler donation accessoire à un acte onéreux, clause à titre gratuit accessoire, à un contrat principal commutatif ; et ce caractère accessoire est tellement accentué qu'il va jusqu'à l'indivisibilité avec le contrat principal. Il est encore très net dans certains cas de stipulation pour autrui : par exemple une vente est faite moyennant un prix dont partie sera payée à un tiers que le vendeur

(1) *L'esprit du droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, 3^e éd., t. IV, 1888, § 68.

(2) Thèse citée, Introduction, pp. 1-12 ; *Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées*, J. C. P., 1939, I, 97.

(3) *Op. cit.*, § 66, p. 235.

veut gratifier ; mais il n'en sera pas toujours ainsi, et, de plus en plus, dans la pratique, on rencontre des stipulations pour autrui qui sont au fond l'objet essentiel de l'acte : dans l'assurance en cas de décès au profit d'un tiers, loin d'être l'accessoire de l'acte, l'intention libérale en est normalement le moteur ; le souscripteur n'aurait pas contracté s'il n'avait pas eu le désir d'avantager telle personne ; sans doute peut-il dans certaines conditions bénéficier lui-même de l'assurance malgré la désignation d'un bénéficiaire, par exemple par le rachat de la police, ou la révocation du bénéficiaire, que, aux termes de la jurisprudence et de la loi, il s'est implicitement mais nécessairement réservé la faculté d'opérer¹ ; mais, loin de pouvoir être considérée comme l'élément principal du contrat, cette possibilité de rachat ou de révocation par le stipulant à son propre profit n'en est qu'une conséquence adventice, car s'il en était autrement, l'assuré aurait contracté une police en cas de vie. C'est donc tomber dans le verbalisme que de dire qu'en pareil cas la stipulation pour autrui ne constitue qu'un avantage accessoire et que c'est ce caractère qui la dispense des règles habituelles des donations. La même observation s'applique, à plus forte raison, aux donations indirectes réalisées par acte abstrait : en ce qui les concerne, l'intention libérale ne se traduit pas dans une clause précise qui en serait seule inspirée tandis que l'ensemble de l'acte lui resterait étranger ; c'est l'opération tout entière qui est animée par elle et qui, sans elle, n'aurait pas existé. Sans doute, nous dira-t-on, il est bien vrai que l'acte est inspiré tout entier par l'intention libérale ; mais celle-ci n'est pas véritablement essentielle, et la preuve en est qu'un acte tout semblable, réalisé dans des circonstances de fait identiques, pourrait avoir un but tout différent et être inspiré par des mobiles purement intéressés ; s'il n'y a pas alors clause accessoire d'un contrat principal valable, il y a du moins intention libérale accessoire inspirant un acte principal valable en soi. L'intention libérale est accessoire non pas dans l'acte concret envisagé, car cet acte ne s'explique que par elle, mais dans la catégorie abstraite dont il relève. Par conséquent, lorsqu'on les amène à préciser leur raisonnement, les partisans de la théorie de l'accessoire sont obligés de reconnaître que les termes qu'ils emploient ont un double sens, et un double champ d'application : tantôt c'est la clause d'où résulte la donation, l'inégalité de prestations qui y est contenue, qui présente un caractère accessoire par rapport à l'ensemble du contrat, tantôt c'est l'intention libérale qui constitue un accessoire non pas de l'acte principal tel qu'il a été passé concrètement, mais de l'acte-type de la catégorie à laquelle il appartient.

Cette dualité de conceptions suffit à montrer l'insuffisance d'une doctrine qui se voulait générale et exhaustive. Ce n'est pas parce que l'on réunit sous le même vocable deux explications radicalement différentes que l'on a réalisé entre elles une synthèse. Dans le cas particulier, ces deux explications reposent sur des principes non seulement différents, mais contraires : la première envisage l'acte concret, dans toute sa complexité ; tandis que la seconde ne fait état que de la catégorie abstraite dans laquelle il rentre, de la cause abstraite et générale que la loi donne aux actes de ce genre : la renonciation est instituée en vue de permettre d'abandonner un droit, peu importe le mobile de cet abandon. En pareil cas, la théorie revient à dire que l'acte est valable parce qu'il s'agit de formes techniques dont la loi n'interdit pas l'emploi à titre gratuit. Explication déjà étudiée², et qui contient d'ailleurs une part de vérité.

(1) Voir par ex. : Req. 22 juin 1891, Trésor public c. époux Henry-Baroux et autres, D. P., 1892, 1, 205. — L. 13 juill. 1930, art. 63, al. 5, et 64.

(2) *Supra*, ch. 1^{er}, sect. 3.

Quant à l'autre explication, celle qui s'applique aux avantages indirects et aux stipulations pour autrui, elle contient, elle aussi, sa part de vérité ; mais elle se heurte à des difficultés d'application qui, même dans son domaine propre, en doivent faire reconnaître les déficiences.

La disposition accessoire inspirée par l'*animus donandi* résultera tantôt d'une clause spéciale et nettement détachable du contexte, tantôt au contraire d'une clause unique où il sera impossible de distinguer ce qui est gratuit et ce qui est onéreux. Nous rangerons notamment dans la première catégorie la stipulation pour autrui lorsqu'elle n'est vraiment qu'un accessoire : elle résulte forcément d'une disposition distincte où l'on mentionne à la fois la désignation du tiers bénéficiaire et les droits qui lui seront conférés : l'acte ne cesserait pas d'être complet s'il ne contenait plus cette désignation. Dans la seconde catégorie se place le *negotium mixtum cum donatione* : s'il s'agit d'un acte de société, il est des clauses du pacte social où il est impossible de discerner ce qui relève du titre gratuit et ce qui se rattache au titre onéreux ; dans une vente, la clause qui fixe un prix inférieur à la valeur de la chose (sans d'ailleurs révéler cette infériorité) relève à la fois du titre onéreux puisqu'elle fixe un prix et du titre gratuit puisque ce prix est intentionnellement diminué. La théorie de l'accessoire peut-elle jouer dans les mêmes conditions dans l'une et l'autre hypothèse ?

Au cas de clause détachable, comment dire qu'il suffit que l'acte principal soit valable pour que la clause le soit aussi, alors que rien ne s'oppose à ce que, pour en attribuer le bénéfice, on recoure à l'intermédiaire d'un notaire ? De droit commun, quand un acte contient plusieurs dispositions qui par leur nature propre sont soumises à des régimes différents, ces qualifications distinctes ne seront pas modifiées par le seul fait du voisinage d'autres clauses. L'exemple le plus caractéristique en est le contrat de mariage : il contient normalement à la fois l'adoption d'un régime matrimonial et des dispositions de biens entre époux, sans compter une foule d'autres clauses qui y peuvent trouver place ; chacune de ces clauses sera soumise à ses règles propres¹, et par exemple si le régime matrimonial, qui constitue malgré tout la raison d'être du contrat de mariage, est frappé de nullité, celle-ci n'atteint pas les donations qu'ont pu se consentir les futurs époux, s'agirait-il même de donations de biens à venir². De même, la jurisprudence distingue une donation et un partage ordinaire indépendants, au lieu de voir un partage d'ascendant, dans certains cas où les deux opérations sont contenues dans le même *instrumentum*³. Et, dans un cas où une disposition eût été valable au fond si on l'avait considérée comme donation, alors que, passée à titre onéreux, elle constituait un pacte sur succession future, un tribunal n'hésite pas à la proclamer à titre onéreux bien qu'elle fût contenue dans un acte portant donation entre époux⁴ : comme le rappelle l'annotateur⁵, Capitant avait justifié par avance cette décision en remarquant que « le fait que la clause a été insérée dans une donation ne prouve rien, sinon que l'acte contient une double convention ».

(1) Sous cette réserve que les donations incluses dans le contrat de mariage bénéficient, quant à leur forme, de règles de faveur : cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 2, *in limine*.

(2) DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, n° 922, et l'arrêt cité par lui.

(3) Req. 14 janv. 1935, époux Soulié c. Crouzet, S., 1935, 1, 288 ; Gand, 9 déc. 1929, Edmond Liessens c. consorts Liessens, S., 1930, 4, 9.

(4) Trib. civ. Saumur, 29 oct. 1942. Guérif-Deist, J. C. P., 1943, II, éd. N, n° 2140 et note Marcel CLOS ; éd. G, n° 2306 bis. Ce jugement a été réformé par Angers, 22 oct. 1943, J. C. P., 1943, II, 2466.

(5) CLOS, note précitée ; CAPITANT, note au D. P., 1931, 2, 6, sous Rouen, 28 oct. 1930.

Et cette décision nous prouve que dans la qualification des actes, qui consiste non pas à rechercher la volonté des parties mais à faire entrer dans des cadres préconstitués cette volonté supposée connue, il n'y a pas lieu de faire application de l'article 1157 du Code civil, propre à l'interprétation des volontés privées, et de préférer systématiquement la solution favorable à la validité.

C'est seulement lorsque la même clause, matériellement indivisible, est inspirée à la fois par l'intention libérale et par la recherche d'une contrepartie au moins partielle que peut jouer la règle *accessorium sequitur principale*. Cette règle peut donc constituer le fondement de la validité de certaines donations indirectes ; suffit-elle, même partiellement, à en fournir un critère ? Il le semble, à première vue : il y a donation indirecte valable lorsque la disposition gratuite est contenue dans un contrat principal à titre onéreux et résulte d'une clause à l'intérieur de laquelle il est impossible de séparer matériellement ce qui revêt le caractère gratuit et ce qui revêt le caractère onéreux. Mais comment appréciera-t-on la nature principale du contrat et la nature de chacune de ses dispositions ? recherchera-t-on leurs caractères objectifs ? ou bien s'attachera-t-on avant tout à l'intention des parties ? Nous croyons que les deux ordres de considérations doivent être retenus. Il est certes difficile de donner une règle qui permette de résoudre infailliblement et de manière quasi mathématique les multiples espèces susceptibles de se présenter dans la pratique. Nous pensons cependant que les considérations qui ont guidé nos recherches au sujet de la définition et de la preuve des donations indirectes en général sont de nature également à résoudre les questions qui se posent à nous. Il faut tenir compte de la nature objective des conventions passées, mais interpréter cette nature à la lumière de l'intention qui les a inspirées.

V. — En faveur des solutions qui précèdent, on peut se prévaloir de la jurisprudence sur la distinction fiscale des dispositions dépendantes et indépendantes¹. En droit fiscal également, on fait jouer la théorie de l'accessoire en lui fixant des bornes analogues à celles que, en droit civil, nous avons cru imposées par la nature des choses. Lorsqu'un même acte contient des dispositions différentes, chacune d'elles donne lieu à la perception d'un droit distinct, à moins qu'elles ne dérivent nécessairement les unes des autres. « Est indépendante toute disposition qui peut être éliminée de l'opération juridique à l'occasion de laquelle un acte a été dressé, sans que cette opération cesse d'être complète en elle-même »², tandis que des dispositions sont dépendantes lorsqu'« elles concourent ensemble à la formation d'un contrat principal, et en constituent les éléments corrélatifs et nécessaires »³ : il est bien évident que, comme le rappelait au début de ses développements sur la question le président Pilon⁴, la vente de la chose et l'obligation de payer le prix constituent des éléments corrélatifs et nécessaires, qu'il est impossible de fonder une distinction quelconque sur l'inéquivalence voulue entre ces deux prestations : on voit donc que la théorie fiscale des dispositions dépendantes et indépendantes et la théorie civile des donations accessoires à un contrat onéreux, dans les limites auxquelles nous l'avons ramenée, ont des domaines presque exactement superposés. Et cette similitude se retrouve jusque dans la méthode à laquelle, dans le

(1) V. Eustache PILON, *Principes et technique des droits d'enregistrement*, t. I^{er}, 1929, pp. 306 sq.

(2) PILON, *op. cit.*, n° 597, p. 312.

(3) PILON, *op. cit.*, n° 599, p. 313.

(4) *Op. cit.*, n° 592, p. 310.

doute, on devra recourir pour dire si une disposition est dépendante ou indépendante, accessoire ou principale : le critère devra être à la fois objectif et subjectif¹. En résumé, « lorsqu'un acte renferme plusieurs dispositions, est indépendante toute disposition qui pourrait être éliminée de l'acte sans qu'il cessât d'être complet en lui-même et de produire ses effets juridiques normaux, compte tenu à la fois de l'intention des parties et des dispositions de l'acte, prises abstractivement »².

*
* *

Ainsi, de toutes les théories que nous avons examinées, théories analytiques ou théories synthétiques, théories exégétiques ou théories scientifiques, il n'en est guère qui ne contienne une part de vérité ; c'est cette part que nous avons cherché à déterminer. Les théories exégétiques n'ont pu nous convaincre que d'une chose : le législateur semble bien avoir admis implicitement l'existence de dispositions à titre gratuit passées dans des formes autres que celles édictées par lui ; mais elles n'ont pu nous préciser, sauf peut-être quant à la stipulation pour autrui et à la remise de dette, ni le fondement de leur validité ni le domaine abandonné à leur jeu. Quant aux théories rationnelles et critiques, aucune d'elles n'a pu, malgré ses prétentions, aboutir à un principe assez général pour pouvoir s'appliquer tel quel à toutes les donations indirectes. Mais il est possible, croyons-nous, d'utiliser les principes divers ainsi dégagés par ces doctrines et valables chacun dans un domaine limité pour en tirer un principe général, dont ils ne seraient que les applications : principe qui, tout à la fois, poserait le fondement juridique de la validité des donations indirectes et fournirait le critère de cette notion. C'est ce principe que nous allons maintenant tenter de dégager et de vérifier dans le titre second de cette deuxième partie.

(1) PILON, *op. cit.*, n° 600, p. 314.

(2) PILON, *op. cit.*, n° 601, p. 314.

TITRE II

ESSAI D'UNE THÉORIE D'ENSEMBLE. SES APPLICATIONS

Il nous faut d'abord rappeler les desiderata auxquels doit satisfaire une théorie pour être vraiment explicative. Parmi les cas de donations indirectes que révèle la jurisprudence, il en est d'abord qui en pratique ne font pas difficulté : leur validité est consacrée par une coutume incontestée, et le plus souvent la qualification de « donations indirectes » qui leur est donnée ne se discute guère. Ce qui est souhaitable, c'est seulement de découvrir une théorie qui fournisse une explication d'ensemble de leur validité. Mais, à côté de ces hypothèses, il en est d'autres où ni la qualification ni la validité de l'opération ne sont hors de conteste : la théorie qui aura été dégagée devra permettre à la fois de les qualifier et de fixer les limites de leur validité.

I. — La recherche de cette explication d'ensemble peut se faire selon une double méthode.

La première, déductive, tend à dégager les motifs qui ont poussé la jurisprudence à reconnaître la validité des donations indirectes pour en tirer ensuite le critère technique de cette validité. De ce point de vue, il convient d'observer tout d'abord que, lorsque la jurisprudence déroge ou paraît déroger à une loi, elle le fait en général en respectant les motifs qui avaient conduit le législateur à poser la règle. Dans le droit moderne, les formes ne sont jamais un but en soi, mais un moyen d'assurer le respect de certaines règles de fond¹. Quelles sont donc les considérations qui ont poussé les rédacteurs du Code civil à imposer aux donations des formes solennelles ? On les présente généralement au nombre de deux, qui s'enchevêtrent d'ailleurs.

L'authenticité a pour premier objet d'assurer l'irrévocabilité de la donation² en même temps que de pallier les dangers de celle-ci. La loi a

(1) C'est donc à tort, croyons-nous, que MM. RIPERT et BOULANGER (t. III, p. 1035, note 1) paraissent s'étonner que la jurisprudence fasse ici application de la règle de droit international privé *locus regit actum* : si on devait écarter cette règle toutes les fois que la forme touche à des règles de fond, il ne resterait qu'à la supprimer purement et simplement. La règle est en réalité postulée par d'impérieux besoins pratiques : voir BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I^{er}, 1930, § 74, p. 177 ; t. II, 1932, § 342, p. 438 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 243, pp. 273-275. Elle doit s'appliquer à toutes les dispositions légales où l'idée de forme est prédominante, quel qu'en soit le fondement.

(2) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1600, pp. 830-831 ; R. D., note au J. C. P., 1937, 2, 306, sous Req. 8 fév. 1937, époux Louvet c. veuve Lecomte ; S. DALLIGNY, thèse précitée, pp. 72-78 ; PLANIOL, *Traité élém.*, t. III, n° 2526, p. 617, cité par DALLIGNY, *loc. cit.*

fait de l'irrévocabilité, entendue dans un sens particulièrement rigoureux, une règle absolue des donations, que l'article 894 a même prétendu intégrer à leur définition. De là, M^{lle} Dalligny¹ tire cette conséquence, à ses yeux logique, que les donations qui sont dispensées de forme devraient l'être également du dessaisissement actuel et irrévocable et n'être soumises qu'aux autres règles de fond des donations, auxquelles l'exigence de forme est étrangère, telles que la réduction, le rapport, le retour légal. Cette opinion ne nous paraît pas admissible : d'une part, si les règles de forme n'ont pas eu pour but principal d'assurer l'observation des règles du rapport, de la réduction et de la révocation pour causes déterminées, il est exagéré de dire qu'elles leur sont totalement étrangères, et les auteurs les plus récents donnent comme l'un des deux motifs de la règle de forme le désir de réserver au donateur « la preuve de l'acte pour le cas de révocation »². Mais, d'autre part et surtout, c'est le mode même de raisonnement auquel recourt M^{lle} Dalligny qui est critiquable : sous prétexte que la règle de forme assure l'efficacité du dessaisissement, cet auteur soutient que là où la première disparaît, le second doit également être écarté ; ce qui revient à dire que lorsqu'on renonce à un moyen, on renonce par là même au but que l'on espérait atteindre par lui. La logique voudrait au contraire que l'on se demandât si le même but n'est pas atteint d'une autre manière. Les modes indirects de donner n'assurent-ils pas, au même titre que l'intervention du notaire, l'irrévocabilité de la disposition ? Sans doute n'est-ce pas la seule utilité des formes : en même temps qu'elles assurent l'irrévocabilité, elles en pallient les dangers ; si de manière générale l'irrévocabilité apparaît normale pour un acte onéreux, les donateurs ont trop souvent tendance à croire qu'il leur est possible de revenir sur la disposition s'il leur plaît, et spécialement s'ils ont ou croient avoir à se plaindre de l'attitude ultérieure du donataire à leur égard, alors même que cette attitude ne rentrerait dans aucun des cas d'ingratitude limitativement énumérés par la loi³. Il est donc nécessaire de prévenir le disposant de la gravité de l'acte qu'il accomplit : l'irrévocabilité, destinée à rendre plus rares et plus réfléchies les libéralités entre vifs, n'atteindra son but que si elle est préalablement connue du disposant : en recevant l'acte, le notaire, « officier public sage et honorable »⁴, tiendra à mettre son client au courant de la portée des volontés qu'il exprime. Si la donation se réalise sans formes, cette intervention protectrice est exclue : sans doute, si le donateur s'est réservé expressément la faculté de disposer des biens donnés, il pourra faire prononcer la nullité totale de l'opération⁵ et sera par conséquent suffisamment protégé ; mais il peut se faire que, croyant la révocabilité de droit ou la croyant suffisamment assurée par une réserve verbale, il ne reste aucune trace de pareille stipulation ; en ce cas, le donateur se dépouille sans connaître la portée véritable de son acte ; doit-on exiger un acte authentique pour la validité de cette disposition ? ne peut-on admettre que les conditions mêmes dans lesquelles l'opération a été réalisée suffisent parfois à éclairer le donateur sur sa portée ?

Nous rejoignons ainsi le second motif, — au dire de certains, le principal, — qui a conduit le législateur à poser la règle de l'authenticité des donations entre vifs : c'est « le désir ... de protéger le donateur contre les dona-

(1) *Loc. cit.*

(2) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3265.

(3) Art. 955 C. civ.

(4) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1600, p. 831.

(5) Voir : Civ. c. 30 juin 1857, Rémond et Rhumel c. Roux, *D. P.*, 1857, 1, 308, *S.*, 1859, 1, 836.

tions inconsidérées ou captées plus ou moins frauduleusement »¹, d'assurer la liberté de son consentement². De ce second point de vue encore, nous aurons à nous demander si les conditions dans lesquelles se réalise une donation indirecte valable ne peuvent pas tenir lieu des formes authentiques en assurant au donateur une protection équivalente.

Telles sont, par conséquent, les directives que nous suggère une méthode déductive qui veut dépasser les exigences de la loi écrite, tout en respectant l'idée inspiratrice qui est à sa base : « Au delà du Code civil, mais par le Code civil³ ! ». Mais cette idée veut être transposée dans la pratique, et c'est ici qu'elle doit être complétée par un appel à la méthode inductive. Il n'est pas inutile, avant d'entrer dans l'étude détaillée des espèces de jurisprudence, de donner un aperçu d'ensemble sur l'application des principes qui viennent d'être dégagés.

II. — Le problème se pose d'abord en ce qui concerne les actes neutres, les formes techniques dont la loi n'a pas prohibé l'emploi à titre gratuit, mais qui peuvent aussi bien être employées à titre onéreux : en pareil cas, le caractère abstrait de l'acte nous paraît avoir pour résultat de satisfaire à chacun des deux désirs qu'a manifestés le législateur. D'une part, l'acte étant abstrait, il sera impossible par là même d'y insérer aucune clause qui en modifie l'effet légal, et notamment qui réserve au donateur une possibilité de révocation ; d'autre part, le donateur sera suffisamment mis en garde par le caractère légal du moule sous lequel il aura réalisé sa volonté : le seul fait de recourir à un acte abstrait manifeste une certaine pratique des affaires et suppose la connaissance des effets engendrés par cet acte, d'autant plus qu'abstraction et formalisme sont généralement liés et qu'un acte ne reçoit du législateur valeur en soi que parce qu'il est réalisé dans des formes qui suffisent à l'individualiser, en dehors de sa cause⁴ : ici encore, suivant une loi définie par M. le doyen Louis-Lucas⁵, la forme vient renforcer la qualité de la volonté pour suppléer à l'insuffisance de la cause.

Si la stipulation pour autrui n'est pas rangée habituellement dans la catégorie des actes abstraits, elle présente cependant des caractères identiques, et nous pensons que rationnellement il n'y a pas lieu de l'en exclure. Sans doute, elle se rattache à un contrat principal entre stipulant et promettant qui, lui, présente bien une cause⁶ : le promettant ne s'est engagé que parce qu'il a reçu une prestation du stipulant. Mais ce n'est pas dans les rapports entre eux que se réalise la donation, c'est entre le stipulant et le bénéficiaire ; l'engagement du promettant n'est qu'un procédé employé pour réaliser cette donation ; or, précisément, ce procédé est abstrait : l'article 1121 le proclame valable, sans que l'on ait à rechercher

(1) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3265 ; comp. COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* S. DALLIGNY, *loc. cit.*

(2) R. D., note précitée, J. C. P., 1937, II, 306.

(3) Voir sur cette formule : SALEILLES, Préface à l'ouvrage de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., p. xxv.

(4) V. DUEZ, *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse, Lille, 1914, 1^{re} partie, ch. 2 : sans doute, selon cet auteur, un acte abstrait n'est pas nécessairement un acte formel, mais cela tient à ce qu'il restreint arbitrairement le domaine des formes, en n'y comprenant que les formalités qui ne sont pas impliquées par la nature des choses, à l'exclusion par exemple de la tradition.

(5) *Volonté et cause, passim.*

(6) Abstraction faite du cas où la stipulation pour autrui est contenue dans une donation du stipulant au promettant, dont elle est une « charge ».

quelle est sa cause : celle-ci peut être à titre gratuit ou à titre onéreux, peu importe.

Cette solution, qui ne résulte de l'article 1121 que de manière implicite, vaut d'ailleurs généralement pour toutes les obligations créées au profit ou à l'encontre de tiers : « Lorsque la cause de l'engagement du débiteur se trouve dans ses relations antérieures avec un tiers..., tout naturellement la cause n'est pas impliquée dans le contrat, à moins que le débiteur ne l'ait révélée¹. » D'une manière générale, par conséquent, dans les actes qui font naître des rapports juridiques de nature différente entre deux ou plusieurs séries de personnes, la cause est en dehors du contrat, ces actes juridiques sont, au moins partiellement, des actes abstraits. Tel est le cas, par exemple, de la délégation, destinée à simplifier les rapports juridiques entre trois personnes : « étant donné ce but de la délégation, l'obligation du délégué envers le délégataire est nécessairement abstraite, *entre eux* l'obligation n'a pas de cause »². La même observation vaudrait, *mutatis mutandis*, pour le cautionnement, le paiement pour autrui... Tous ces actes bénéficiant à autrui sont donc, eux aussi, des actes abstraits, en tant du moins qu'ils réalisent des donations, et c'est ce qui permet de les faire échapper au formalisme spécial des donations. Ce sont, en effet, le plus souvent, des actes définitifs en soi, et qui ne peuvent être commodément affectés d'aucune modalité qui tendrait à en permettre la révocabilité au gré du donateur ; sans doute, une exception est apportée à cette règle par l'article 1121 en ce qui concerne la stipulation pour autrui, laquelle est révocable *ad nutum* jusqu'à son acceptation par le bénéficiaire. Y a-t-il là une dérogation véritable, ou au contraire ne peut-on dire que la donation n'existe vraiment qu'après l'acceptation ? c'est là une question complexe et dont nous réservons l'étude. Observons seulement dès maintenant, et sauf précisions ultérieures, qu'en pareil cas, si l'irrévocabilité s'atténue jusqu'à disparaître, par contre les formes seront nettement protectrices de la volonté : en s'engageant à fournir au promettant ou en lui fournissant dès à présent une prestation compensatrice, le donateur consent un dessaisissement qui, s'il n'est pas toujours et absolument irrévocable, est bien actuel et actuellement ressenti, ce qui suffit à garantir le sérieux de sa volonté ; d'autant plus que, surtout en matière d'assurance sur la vie, il aura reçu d'un homme d'affaires toutes explications sur le mécanisme de l'attribution. Ce renforcement de la protection de la volonté rend moins indispensable et permet donc d'atténuer l'irrévocabilité : au renforcement de l'un des caractères correspond l'atténuation de l'autre : la protection de la volonté reste assurée par des formes de remplacement.

Et c'est encore dans la catégorie des actes abstraits que l'on peut ranger, croyons-nous, les avantages indirects contenus dans un acte onéreux. Sans doute, en pareil cas, l'acte dans son ensemble est à titre onéreux ; mais à vrai dire, et comme le faisait remarquer M. Carbonnier³, ce qui est gratuit, ce n'est pas l'acte, mais le transfert de valeurs qu'il constate, les obligations qu'il crée ; si le même acte constate plusieurs opérations, les diverses clauses peuvent avoir des natures différentes, et même une seule clause peut être partiellement à titre gratuit et partiellement à titre onéreux ; elle peut aussi revêtir le caractère abstrait. Raisonnons sur le cas de la vente à vil prix. L'opération dans son ensemble est incontestablement à titre onéreux ; mais, ce qui réalise la donation, c'est la clause

(1) J. BRÈTHE, *Théorie juridique des titres à ordre*, Rev. trim., 1926, pp. 637-710. Le passage cité se trouve pp. 649-650.

(2) BRÈTHE, art. cité, p. 650.

(3) Thèse citée, pp. 742 sq.

portant fixation du prix : or rien ne révèle dans l'acte què cette fixation ne correspond pas à la valeur de la chose : cette fixation est donc abstraite ; il est vrai qu'il sera relativement facile de se rendre compte de l'insuffisance d'évaluation ; mais, cette preuve une fois faite, rien ne prouve pour autant qu'il y ait donation : sans même parler d'une dissimulation réalisée dans un but fiscal, l'insuffisance peut être due au fait que l'une des parties a été plus habile que l'autre dans la défense de ses intérêts. Nous pouvons donc affirmer que la clause par laquelle se réalise la donation résultant de la vileté du prix de vente est une clause abstraite. L'irrévocabilité est assurée par ce caractère abstrait lui-même, par l'impossibilité où sont les parties de préciser dans l'acte même la cause de la vileté du prix sans en compromettre la validité, et par l'impossibilité où elles sont en conséquence de réserver au donateur une possibilité de révocation. Et cette impossibilité protège par là même le consentement du donateur : on se sent d'avantage lié par un acte onéreux que par un acte gratuit, et l'insertion de la donation dans un acte onéreux fera prendre conscience à son auteur qu'elle participe de l'irrévocabilité de l'acte principal et l'amènera à ne donner qu'à bon escient.

Il semble donc que l'on puisse caractériser la donation indirecte, d'après l'analyse sommaire qui vient d'en être faite, comme étant celle qui résulte d'un acte ou d'une clause abstraits, qui n'indiquent pas s'ils sont consentis à titre gratuit ou à titre onéreux. Si cette idée n'apparaît point dans la jurisprudence, il n'y a pas lieu de s'en étonner : les tribunaux répugnent en général à consacrer de vastes théories dont ils peuvent ne pas apercevoir toutes les conséquences. Notre travail va consister précisément à vérifier si ce n'est pas cependant l'explication la plus cohérente et la plus complète des arrêts qui reconnaissent la validité des donations indirectes dans les cas les plus courants. Si nous devons aboutir sur ce point à une conclusion affirmative, nous pourrons en tirer des solutions propres pour les cas plus spéciaux où aucune solution indiscutée ne s'est encore dégagée. Ainsi cette thèse devrait-elle avoir à la fois une valeur théorique et une valeur pratique. Nous mènerons de front l'étude de ces deux points, en étudiant successivement dans trois chapitres les trois catégories principales de donations indirectes, en commençant par celle pour laquelle l'idée que nous avons à vérifier est le plus apparemment vraie : il s'agit des actes abstraits proprement dits. Nous parlerons ensuite des deux autres catégories, attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique et avantages indirects résultant d'un contrat à titre onéreux au profit de l'une des parties. Ces opérations revêtent aussi, avons-nous dit, la nature d'actes abstraits au sens large.

Ce double sens que nous donnons à l'expression « acte abstrait » risque de créer de regrettables confusions terminologiques. Pour les éviter dans la mesure du possible, nous appellerons plus spécialement « actes abstraits » ceux appartenant à la première des catégories que nous avons distinguées, réservant, sauf précision contraire, le terme d'acte neutre pour le sens le plus général englobant également les deux autres catégories.

En même temps, d'ailleurs, qu'ils nous permettront de fixer la limite entre la donation indirecte valable et la donation nulle pour vice de forme, nos développements devront aussi, nous l'avons laissé entendre, nous permettre de distinguer la donation indirecte d'autres variétés de donations non authentiques, et notamment de la donation déguisée.

CHAPITRE PREMIER

LES LIBÉRALITÉS INDIRECTES RÉALISÉES AU MOYEN D'ACTES ABSTRAITS

Le type de l'acte abstrait, celui qui réalise le mieux l'idée, c'est l'acte purement matériel : il n'indique ni le motif qui a poussé à l'accomplir, ni l'effet qu'il est destiné à produire, ni la personne à laquelle bénéficiera cet effet : ainsi la tradition, c'est-à-dire la remise matérielle d'un objet, est, selon la formule de M. Duez¹, « un acte incolore », elle peut être translativie soit de la propriété, soit de la possession, soit de la simple détention ; elle ne révèle pas sa cause, et même elle en est juridiquement indépendante : l'article 2279 donne au possesseur d'un objet mobilier ou d'un titre au porteur une position presque inexpugnable. C'est à l'abri de ce texte qu'a pu pratiquement s'édifier toute la théorie jurisprudentielle de la validité des dons manuels. Comme ceux-ci ne rentrent pas à proprement parler dans la catégorie strictement entendue des donations indirectes², nous n'insisterons pas pour l'instant sur cette application.

Nous n'insisterons guère non plus sur les autres actes matériels par lesquels peut se réaliser une donation qui, elle, présente bien les caractères de la donation indirecte *stricto sensu* : ces actes sont peu fréquents, et leurs conditions ne soulèvent pas de difficulté juridique véritable. L'exécution de travaux profitant à autrui réalisera souvent une donation indirecte³ et c'est même par une présomption de donation indirecte que certains expliquent la disposition de l'article 599 du Code civil, déniaut tout droit à indemnité à l'usufruitier qui a amélioré la chose⁴, et cela alors même qu'il s'agirait de constructions entièrement nouvelles⁵. Mais parfois l'acte matériel ne réalisera donation indirecte que parce qu'il sera précédé ou suivi d'un acte juridique qui aura pour effet d'en faire bénéficier un tiers : les tribunaux auront alors à dire, d'après les circonstances, si cette attribution à autrui a été considérée par les parties comme suffisamment probable pour que l'on puisse y voir une donation indirecte. Telle est notamment

(1) Thèse citée, 3^e partie, chap. 1^{er}, sect. 1^{re}.

(2) Voir toutefois *supra*, titre 1, ch. 1, sect. 2, *in fine* ; et *infra*, notre Conclusion.

(3) Poitiers, 23 mars 1943, Rateau c. Guionnet et Astie ès-qual. et veuve Rateau-Fouin, sol. implicite, S., 1944, 2, 45, 2^e arrêt : s'agissant de réparations effectuées par un mari sur un immeuble appartenant à sa seconde femme, c'est seulement pour des motifs d'espèce que la Cour leur refuse le caractère de donations : les réparations, non excessives par rapport à la situation de fortune du mari, avaient été faites pour la commodité du ménage qui occupait l'immeuble et le mari en avait eu la jouissance sa vie durant.

(4) Cf. GÉNY, *Science et technique*, t. III, n° 239, p. 357 ; Paris, 24 fév. 1884 et Req. 4 nov. 1885, Hébert, administrateur judiciaire de la succession de la duchesse de Riario-Sforza c. Ministre de l'Instruction publique, S., 1886, 1, 113.

(5) Voir les arrêts cités à la note précédente. — Comp. : Agen, 3 mars 1902, con sorts de Peyrelongue c. dames de Gérando et de Tartas, D. P., 1902, 2, 241, et note Ambroise COLIN (notes 4 et 5 de la p. 241).

l'espèce sur laquelle eut à se prononcer la Cour de Nîmes le 17 octobre 1913¹ : une personne achète un immeuble, et, dans un acte contemporain, mais indépendant de cet achat, elle s'engage à le revendre au fils du vendeur moyennant le prix primitif augmenté des frais d'acquisition, étant précisé que, au cas où le fils du vendeur opterait pour le rachat, elle ne pourrait réclamer aucune somme pour les améliorations apportées à l'immeuble, tandis qu'à l'inverse on ne pourrait rien lui réclamer pour les détériorations qu'elle aurait pu causer. Le fils du vendeur, qui se trouvait être le mari de la petite-fille de l'acquéreur, exerça la faculté de rachat, alors que des améliorations avaient été effectuées par cet acquéreur. Lorsque ce dernier décéda, les héritiers prétendirent qu'il avait, par les améliorations opérées, réalisé au profit de sa petite-fille une donation qui devait être réduite comme excédant la quotité disponible. La Cour écarte cette prétention, et sa décision est intéressante moins en elle-même que par les motifs qu'elle contient : l'avantage résultant de la plus-value ne revêt pas nécessairement le caractère de libéralité ; il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'on prouve non seulement que l'enrichissement procuré au second acheteur correspond à un appauvrissement du premier, mais encore l'existence de l'intention libérale, au temps de la réalisation de l'amélioration emportant plus-value. Preuve très délicate, et que la Cour n'a pas estimé rapportée en l'espèce : il aurait fallu établir, par des présomptions sérieuses, que les améliorations étaient exagérées, non justifiées par l'intérêt du propriétaire, et ne s'expliquaient que par l'intention de favoriser le titulaire du droit de rachat. Lorsque cette preuve est faite, « il faut avouer qu'on se trouve en face d'une libéralité singulière. Elle est éventuelle : elle n'existera que si l'acheteur augmente la valeur du domaine acquis, et si le rachat est opéré. Elle est incertaine, en ce sens qu'elle ne sera effectuée que sous la condition que l'amélioration entraîne une plus-value. Elle est révocable : le donateur éventuel peut détruire ce qu'il a construit, dégrader ce qu'il a amélioré, réparé ou modifié, tant que le rachat n'est pas exercé »². Mais ces particularités ne sont pas propres aux donations indirectes résultant d'actes matériels ; elles se retrouvent toutes les fois que la donation ne résulte que de la combinaison de deux actes, qui peuvent être tous deux des actes juridiques.

C'est en effet là le cas le plus normal : la donation indirecte résulte d'actes juridiques, et ceux auxquels est consacré ce chapitre sont des actes juridiques abstraits, dont la cause n'est pas révélée.

La notion d'acte abstrait a donné lieu, à l'étranger encore plus qu'en France, à des discussions doctrinales passionnées. On s'est demandé, non seulement quelle est la nature profonde de l'acte abstrait, pour quelles raisons on a cru pouvoir reconnaître sa validité en dehors de la preuve d'une cause, mais encore quel est son domaine précis : est-il nécessaire qu'il soit consacré par un texte légal ? ou au contraire suffit-il de la volonté des parties de conférer à leur opération le caractère abstrait³ ? Sur le pre-

(1) *Gaz. Trib.*, 1914, 1, 2, 10, analysé par HÉMARD, *Rev. trim.*, 1914, pp. 163-166, n° 12.

(2) J. HÉMARD, art. cité, pp. 165-166.

(3) Voir sur la doctrine générale des actes abstraits : RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, t. II, n° 311-313, pp. 116-117; CAPITANT, *De la cause des obligations*, n°s 176 sq.; P. DUEZ, *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations, étude de droit français*, thèse, Lille, 1914; P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse, Lille, 1914; L. OSIAS, *L'acte abstrait en droit comparé, étude de doctrine et de législation*, thèse, Paris, 1924; L. DIKOFF, *Les actes juridiques abstraits et le Code civil français*, *Rev. trim.*, 1932, pp. 327-375; Hélène CROSET, *Introduction à la notion d'acte abstrait*, thèse, Lyon, 1930.

mier point, les discussions doctrinales ne paraissent pas devoir exercer grande répercussion sur l'utilisation possible des actes abstraits en vue de réaliser une donation indirecte. Mais il paraît en être autrement du second : une donation ne pourra valablement résulter d'un acte abstrait que si cet acte a été lui-même valablement conclu, et par conséquent le problème de savoir si les parties peuvent par leur seule volonté créer un acte abstrait qui servira de moule à leur intention libérale paraît préalable à celui de fixer le domaine des donations indirectes. Cela serait exact si n'importe quel acte abstrait pouvait servir à réaliser une donation indirecte. Or tel n'est pas le cas : en effet, la donation indirecte réalisée par ce mode n'est valable que parce que non seulement la cause de l'acte n'y est pas indiquée mais encore que rien ne nécessite que cette cause soit gratuite ; ceci implique, en fait, que le type d'acte utilisé sert en pratique à réaliser des opérations qui peuvent être gratuites aussi bien qu'onéreuses, et qu'en pratique également ce type soit couramment employé dans sa forme abstraite, car un emploi insolite éveillerait immédiatement des doutes sur la nature de sa cause et rendrait la libéralité trop apparente. Par conséquent, même si l'on admet, avec une doctrine soutenue surtout en Allemagne¹, que les parties peuvent créer librement des obligations abstraites, celles-ci ne pourront être valablement utilisées à titre gratuit que si leur emploi a été consacré soit par la loi soit par un usage déjà constant.

Il est donc utile de distinguer, parmi les actes abstraits, suivant qu'ils sont plus ou moins fréquemment utilisés. Il est nécessaire de rechercher où se trouve la source de la validité de ces actes, et à ce point de vue une distinction s'impose suivant leur objet. Les actes juridiques peuvent avoir pour objet soit de créer un droit, soit de le transmettre, soit au contraire de l'anéantir purement et simplement. Dans les deux premiers cas, l'acte est normalement bilatéral ou plurilatéral, car, mettant en jeu les droits de plusieurs personnes, il suppose que celles-ci sont intervenues pour consentir à cette extension ou à cette réduction de leur sphère juridique ; dans le troisième cas, au contraire, l'acte a pour seule fin juridique d'abdiquer un droit sans le transmettre², aucun tiers n'est intéressé, et le renonçant interviendra seul. Dans les deux premiers cas, il y aura contrat, et le contrat est normalement causé : c'est seulement dans des hypothèses particulières et pour des raisons spéciales que la loi ou les parties lui confèrent le caractère abstrait ; dans le troisième cas, au contraire, ce caractère résulte de la nature même de l'acte : celui-ci ne profitant ni ne nuisant par lui-même à personne, son auteur n'a pas à justifier de ses motifs envers quiconque.

Pour l'étude des règles particulières auxquelles est soumis chaque acte abstrait, c'est ce plan qui nous guidera : une première section sera consacrée aux abandons de droits, une seconde aux créations et aux transferts de droits.

SECTION PREMIÈRE

LES ABANDONS DE DROITS

La forme apparemment la plus simple pour réaliser une donation indirecte consiste de la part du titulaire d'un droit à l'abandonner en vue

(1) Voir son exposé par DIKOFF, art. cité, pp. 351 sq.

(2) La transmission qui fait suite à l'abdication est l'effet de la loi, et ne s'impose pas, en principe, à celui qui en bénéficie : v. BRETON, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels, Le déguerpissement en droit civil français*, n° 64, *Rev. trim.*, 1928, pp. 351-352.

d'en faire bénéficier une autre personne. Si la désignation de cette autre personne est son œuvre propre, il n'y a là rien autre chose qu'un transfert de droit. Mais il se peut aussi que cette personne soit désignée par la loi elle-même, qui a pris soin de prévoir que le droit abandonné par son titulaire serait attribué à tel ou tel : c'est alors seulement qu'il est possible de parler de renonciation au sens propre du terme. Les deux caractères de cette institution sont donc les suivants, dont le second au moins paraît au premier abord peu conciliable avec l'idée de donation indirecte¹ : la renonciation est un abandon de droit, et cet abandon profite à une personne impérativement désignée par la loi.

Elle est un abandon de droit, et c'est en cela qu'elle se distingue de l'aveu, que certains ont voulu lui assimiler : c'est ainsi que pour Planck, l'un des plus éminents commentateurs du Code civil allemand², l'aveu consiste à ne pas vouloir contester la prétention de l'adversaire, il serait donc une renonciation. En réalité, les deux actes se distinguent à la fois par leur but et par leur objet : le but légal de l'aveu est la découverte de la vérité, il est un moyen de preuve, et son but individuel est bien le même : la partie qui avoue a la volonté non pas de renoncer à un droit quelconque, mais de rendre hommage à la vérité ; l'abandon du droit est, au contraire, le but à la fois légal et individuel de la renonciation. Sans doute, il arrivera parfois qu'un faux aveu sera employé en vue de renoncer à un droit : le plus souvent, ce sera à titre gratuit. Mais précisément la différence du moyen employé aura pour conséquence une différence de nature de la donation réalisée, et par là même une différence dans ses conditions de validité : la donation par renonciation est une donation indirecte, elle utilise dans un but libéral un moule juridique qui se prête aussi bien à la gratuité qu'au caractère onéreux, tandis qu'au contraire c'est une donation déguisée qui résultera du faux aveu. Car la différence de but des deux actes se traduit par une différence d'objet : la renonciation consiste dans l'abdication d'un droit, elle n'affirme rien sur les conditions de cette abdication et ne comporte donc aucune simulation, tandis que l'aveu consiste dans la constatation d'un fait, et comporte donc simulation s'il est sciemment inexact³.

La renonciation a pour effet de rendre son auteur étranger au droit qu'il a abandonné ; mais il n'est pas pour autant le maître d'en désigner le titulaire : son acte a un effet abdicatif, et la désignation du bénéficiaire échappe à sa volonté : ce caractère a été invoqué à l'encontre de la possibilité de réaliser par ce moyen des donations indirectes ; nous avons vu qu'il ne constituait pas un obstacle à la reconnaissance du caractère de donation d'un acte⁴ ; il nous faut maintenant déduire les conséquences pratiques de ce caractère sur l'emploi de l'acte pour réaliser une donation indirecte. Ce caractère abdicatif emporte d'ailleurs lui-même une autre conséquence : la renonciation a un caractère unilatéral, et ceci encore peut

(1) Tandis que cet acte est, d'après Planiol, le seul qui mérite le nom de donation indirecte, M. SIBICIANO (thèse, Paris, 1932, p. 6) estime, au contraire, que ce terme est très mal choisi pour être appliqué à la donation sous forme de renonciation.

(2) Sur les rapports de la renonciation et de l'aveu, voir Silvio LESSONA, *Essai d'une théorie générale de la renonciation*, *Rev. trim.*, 1912, pp. 361-387, not. pp. 382-383.

(3) Cette différence se traduit dans plusieurs solutions jurisprudentielles : notamment on ne peut déduire l'aveu de l'attitude juridique d'une personne que s'il constitue la seule explication possible de cette attitude : voir Cour du Banc du Roi de Montréal, 19 avril 1932, commenté par DEMOGUE et LEPAULLE, *Rev. trim.*, 1933, pp. 560-561, et les références indiquées par ces auteurs.

(4) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 3.

venir limiter les possibilités de réaliser par son canal une donation indirecte. Nous aurons donc à reprendre, dans les deux paragraphes de la présente section, l'étude de chacun de ces caractères et des conséquences qu'ils comportent.

§ 1^{er}. *Le caractère abdicatif de la renonciation.*

I. — Si le caractère abdicatif ne s'oppose pas à ce que toute renonciation puisse servir à réaliser une donation indirecte, il peut du moins, combiné avec d'autres règles, s'opposer pratiquement à l'utilisation pour cette fin de certaines renonciations. En effet, la renonciation ne peut être utilisée dans une intention libérale que si c'est son bénéficiaire légal que l'on désire gratifier, ce qui suppose que ce bénéficiaire peut être connu du donateur au moment de sa renonciation, qu'il est une personne physique ou un nombre limité de personnes : on ne gratifie pas une personne indéterminée. Par conséquent, la renonciation à une succession, à une communauté, à un legs, peut réaliser une donation indirecte au profit du cohéritier ou de l'héritier subséquent, du mari, de l'héritier *ab intestat* ou du légataire universel ; de même, la renonciation à un usufruit, à une servitude, à une hypothèque, à un droit de créance peut réaliser une donation indirecte au profit du nu propriétaire, du propriétaire du fonds servant, du propriétaire du bien hypothéqué, du débiteur de l'obligation. Mais on ne conçoit pas qu'une renonciation à la pleine propriété d'un bien constitue une donation indirecte : à supposer même qu'une telle renonciation soit possible en ce qui concerne la propriété immobilière¹, elle ne profite à personne, elle fait du bien une *res nullius*, qui appartiendra au premier occupant, lequel est au moment où se réalise l'abdication une *persona incerta*. C'est seulement s'il s'agit de copropriété que la renonciation de l'un des indivisaires pourra réaliser donation indirecte au profit des autres communistes, soit que l'on considère qu'elle profite de plein droit à ces derniers, soit en tout cas que l'on doive reconnaître qu'ils ont plus de facilités que quiconque pour s'emparer par droit d'occupation de la *res nullius* qu'est devenue la part de leur co-indivisaire².

Sous le bénéfice de cette précision, bien loin de constituer un obstacle à la réalisation de donations indirectes, ce caractère abdicatif est au contraire l'un des motifs qui ont fait admettre la validité de l'opération réalisée en vue de ce but. L'objet légal de la renonciation, c'est l'abandon du droit par son titulaire ; son objet concret, envisagé dans la pensée de son auteur, c'est la transmission à un bénéficiaire ; mais celui-ci est désigné par la loi. Le but que les parties donnent à l'acte ne contredit pas celui que la loi lui donnait. Les parties ne font que le mettre en œuvre.

Ce caractère abdicatif n'est qu'une traduction, pour cet acte particulier, du caractère abstrait : dire que la renonciation est abdicative, cela signifie que ses effets sont impérativement fixés par la loi, que l'on ne recherche pas le but en vue duquel elle a été accomplie, que la personne de son bénéficiaire est étrangère au contenu apparent de l'acte : cet acte est donc abstrait à la fois quant à sa cause déterminante et quant à la personne à laquelle il profitera.

II. — De là, résulte son irrévocabilité : il est en principe définitif dès qu'il est accompli, et l'on ne peut se réserver la faculté de revenir sur lui.

(1) *Contra* : RIPERT et BOULANGER, t. I^{er}, n° 2852, p. 939.

(2) Voir : A. BRETON, art. précité, n° 65, *Rev. trim.*, 1928, p. 352.

Il est définitif et irrévocable dès son accomplissement. De même que, sous réserve de satisfaire aux conditions de fond posées par la loi, le contrat est parfait et définitif dès que sont réunies les deux volontés nécessaires à sa conclusion et qu'elles se sont manifestées, s'il y a lieu, dans les formes voulues, de même la volonté unilatérale de celui qui, légalement, était le seul intéressé est définitive et irrévocable : ceci est lié au caractère unilatéral de la renonciation, mais doit cependant être indiqué dès maintenant.

Il y a sans doute des limites à cette irrévocabilité : l'article 790 du Code civil permet dans certaines conditions la rétractation de la renonciation à succession ; mais cette disposition, inspirée du désir d'éviter la vacance des successions, ne peut être étendue à d'autres cas. Le principe général, appliqué par la jurisprudence à l'option héréditaire, comme à l'option de la femme sur la communauté ou à l'option du légataire, c'est que « celui qui a droit de choisir consomme son droit quand il choisit »¹. La Cour de cassation a encore implicitement rappelé le principe dans un arrêt de 1934², en même temps qu'elle en fixait les limites : si la renonciation à communauté est définitive, les effets en peuvent être détruits pour l'avenir par une convention intervenue entre les époux.

Ce n'est pas seulement lorsqu'elle est l'exercice d'un droit d'option, enfermé par la loi dans des délais assez stricts, que la renonciation est irrévocable. C'est en vain que certains³ ont prétendu que la révocabilité était le droit commun des actes unilatéraux, invoquant en ce sens l'exemple du testament et de l'offre de contracter : c'est oublier que, si ces actes sont révocables, c'est pour des raisons spéciales qui ne peuvent être étendues à la généralité des actes unilatéraux : par sa nature même, le testament n'est destiné à produire effet qu'au décès de son auteur, et la loi a manifesté, par des dispositions spéciales, la volonté de sauvegarder pleinement la liberté du disposant jusqu'à son décès, même en dehors de la révocabilité obligatoire du testament⁴ ; quant à l'offre de contracter, si elle est essentiellement provisoire, cela tient à son objet même, qui est de préparer la conclusion d'un contrat : le contrat suppose l'accord de volontés actuelles, l'offre peut donc être révoquée à tout moment, sauf les tempéraments qu'exigent la bonne foi et la sécurité des transactions. Ces règles particulières n'impliquent donc pas un principe général analogue pour tous les actes unilatéraux. Aussi l'opinion dominante en doctrine est-elle en faveur de l'irrévocabilité de l'acte de renonciation⁵ ; la jurisprudence s'est prononcée en ce sens soit pour la renonciation à hypothèque, soit pour la renonciation à usufruit⁶.

Et le renonçant ne pourrait, par une disposition spéciale, déroger à cette règle et se réserver la faculté de révoquer sa renonciation : ce serait modifier l'effet légal d'un acte abstrait, ce serait intégrer dans cet acte un élément concret, la considération de la personne à laquelle il se trouve bénéficier. Il n'y aurait plus alors vraiment renonciation ; il n'y aurait plus acte abdicatif. Partant, l'acte ne pourrait valoir qu'à un autre titre que

(1) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1890, pp. 330-331, note sur : Cass. 17 déc. 1888, *S.*, 1889, 1, 164 ; *D. P.*, 1889, 1, 465.

(2) Req. 24 avril 1934, Bernabé c. époux Dabat, *D. P.*, 1934, 1, 145, rapport LE GRIX et note M. NAST ; *S.*, 1934, 1, 345.

(3) Voir l'exposé de ces doctrines dans : SIBICIANO, thèse citée, nos 99-100 ; — voir aussi : BRETON, art. cité, p. 342.

(4) Notamment par la prohibition des pactes sur succession future.

(5) Voir SIBICIANO, thèse citée, nos 101-102 et les références.

(6) Voir Req. 19 nov. 1855, Denis c. Lavoisier et autres, *S.*, 1856, 1, 145, et les références indiquées par M. SIBICIANO, thèse citée, n° 104.

celui de renonciation ; il n'en revêt plus la forme : ceci se relie étroitement au second caractère de la renonciation, qui n'est qu'une conséquence du premier, son caractère unilatéral.

§ 2. *Le caractère unilatéral de la renonciation.*

La renonciation a un but abdicatif ; cela implique que, le renonçant y étant seul juridiquement intéressé, elle sera parfaite par l'effet de sa seule volonté. Cela pose une triple question : cette volonté pourra-t-elle se manifester dans des formes quelconques ? quel sera l'effet d'une prétendue renonciation réalisée par convention ? la renonciation unilatérale sera-t-elle suffisante lorsque le droit abandonné résulte d'un rapport obligatoire synallagmatique ?

I. — Le principe général, c'est que la renonciation n'est soumise pour sa validité à aucune forme particulière : toutes les fois qu'un texte n'en a pas décidé autrement, elle peut résulter d'une manifestation quelconque de volonté : la jurisprudence a ainsi décidé que la renonciation à un usufruit était valable dès lors que la volonté de l'accomplir était certaine¹. Elle en déduit que, lorsque par exception la loi a soumis la renonciation à des formes particulières, cette exigence doit être interprétée restrictivement et ne peut être étendue hors de son domaine propre : ainsi la renonciation à succession, qui suppose en principe une déclaration faite au greffe du tribunal civil², peut être faite en une forme quelconque dès lors qu'elle émane d'un successeur irrégulier³ ou d'un légataire non saisi⁴.

Et non seulement la renonciation, en l'absence d'un texte particulier la soumettant à des formes spéciales, peut être faite en n'importe quelle forme, mais même elle peut être tacite. On affirme sans doute couramment que la renonciation ne se présume pas : cela signifie que l'on ne peut pas se contenter en sa faveur d'une probabilité, on veut une certitude ; mais dès qu'existe cette certitude, même si elle ne se traduit pas matériellement dans un écrit, on doit en tenir compte ; si l'article 621 du Code civil paraît consacrer une solution contraire et exiger que la renonciation à l'usufruit soit formelle, c'est là une pure apparence : il signifie simplement que la seule présence de l'usufruitier à l'acte de vente de la nue propriété ne vaut pas de sa part renonciation à son droit⁵. En matière d'acquiescement, une jurisprudence assez abondante est venue consacrer le principe que nous venons de dégager, en se référant aux règles générales des renonciations : l'acquiescement peut être tacite, mais il ne se présume pas et doit, pour être retenu, être exempt de toute ambiguïté⁶. C'est en effet un carac-

(1) Req. 16 mars 1870, veuve Clément c. héritiers Clément, *D. P.*, 1870, 1, 329, *S.*, 1870, 1, 281.

(2) Il en est de même de la renonciation à communauté : Req. 1^{er} avril 1895, princesse de Beauveau-Craon c. Talon et Marc de Beauveau és-qualités, *D. P.*, 1895, 1, 342.

(3) Paris, 4 nov. 1935, Berthelot c. Layes, *S.*, 1936, 2, 63, *D. H.*, 1936, 58, et le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1936, p. 217 ; et, sur pourvoi, Req. 19 janv. 1938, Layes c. Berthelot, *S.*, 1938, 1, 149, *J. C. P.*, 1938, II, 914, 2^e esp., et note signée R. D., commenté par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1938, pp. 289-291. — Voir aussi : LABBÉ, *Rev. crit.*, 1884, pp. 660-661.

(4) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2446.

(5) SIBICIANO, thèse citée, ch. 5.

(6) Civ. r. 16 nov. 1938, Comp. « Venture Weir » c. Comp. d'armement et d'importation de nitrate de soude, *S.*, 1939, 1, 185 ; Poitiers, 21 juin 1938, veuve Boisdon c. demoiselle Boisdon, *S.*, 1939, 2, 4, et les références citées en note sous ces deux arrêts.

tère complémentaire du précédent que la renonciation ne doit prêter à aucune équivoque¹ : et en cela encore se manifeste sa nature d'acte abstrait : dans un tel cas, il ne doit point y avoir à rechercher des intentions ; l'acte ne se caractérise que par ses effets, et il faut que la volonté de les réaliser résulte de faits apparents. C'est en s'appuyant sur cette considération que certains avaient soutenu que, lorsque la renonciation porte sur un droit réel, il faut qu'il y ait en outre abandon matériel de la chose qui en est l'objet² : à soi seul, cet abandon ne suffirait pas à faire preuve de l'*animus derelinquendi* ; mais s'il n'est pas suffisant, est-il du moins nécessaire ? La situation nous paraît imposer une distinction : s'il s'agit d'une renonciation à un droit réel démembré de la propriété, elle est parfaite par elle-même, et, sitôt qu'elle est intervenue, la loi a opéré la dévolution du droit au profit du titulaire de la propriété ; dans ces conditions, il nous paraît que le fait de rester matériellement en possession sera sans influence sur une renonciation déjà parfaite, et pourrait seulement exclure l'existence d'une telle renonciation si elle n'était pas formellement exprimée ; si, au contraire, il s'agit d'une renonciation à la propriété elle-même, — qui d'ailleurs ne pourra réaliser donation indirecte³, — cette renonciation fait de la chose une *res nullius*, qui est dévolue au premier occupant, et la reprise de possession par le renonçant peut valoir de sa part occupation, donc acquisition d'une propriété nouvelle.

La renonciation, par conséquent, peut être tacite, du moment qu'elle est certaine ; elle ne se présume pas, dit la jurisprudence : le silence ou l'inaction du titulaire du droit ne suffit pas à l'établir⁴.

Tel est du moins le principe ; mais, comme à tout principe, il dépend de la volonté du législateur d'y apporter des exceptions ; il n'y a pas manqué, et, dans divers cas, il a décidé que le silence gardé dans certaines conditions et pendant un certain temps vaudrait perte du droit : on parle alors en général de déchéance plutôt que de renonciation⁵, pénalité édictée contre l'intéressé, et non pas fondée sur une volonté ou une présomption de volonté de sa part. Si telle est la conception légale de l'institution, rien ne s'oppose à ce que dans certains cas on encoure volontairement une déchéance en vue de gratifier une autre personne : ce sera rare, il est vrai, car souvent les circonstances auxquelles la loi a subordonné le jeu de cette déchéance ne se prêteront pas à l'existence d'une intention libérale de celui qui en est frappé envers celui qui en doit bénéficier ; ce n'est pourtant pas absolument inconcevable : ainsi une partie laisse expirer un délai de procédure, notamment le délai impartì pour exercer une voie de recours, dans l'intention de gratifier son ancien adversaire⁶.

Telles sont les formes normales des renonciations : elles résultent soit d'un acte formel, soit d'une attitude valant renonciation tacite, soit exceptionnellement d'une présomption de la loi. Mais, en tout cas, il s'agit d'un acte ou d'une attitude unilatérale : seul le renonçant intervient de manière active dans la renonciation, les autres parties ne faisant, éventuellement, que bénéficier de ses effets.

(1) Voir aussi : Civ. r. 8 fév. 1944, Caisse d'assurances mutuelles c. Chappay, *D. C.*, 1944, J., 111.

(2) S. LESSONA, art. cité, p. 380 ; SIBICIANO, thèse citée, chap. 9.

(3) Cf. *supra*, § 1^{er}.

(4) Req. 21 juillet 1926, Oudinet, *S.*, 1926, 1, 355 ; Civ. c. 25 oct. 1937, C^{ie} des chemins de fer de Paris à Orléans c. Aycagner, *D. H.*, 1937, 565 ; — SAVATIER, *Rev. trim.*, 1939, pp. 202-204.

(5) Voir SALLÉ DE LA MARNIERRE, *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*, *Rev. trim.*, 1933, pp. 1037-1113.

(6) Voir aussi, à propos de l'art. 1463 C. civ., *supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 1, § 3.

II. — Or, en pratique, on ne s'en est pas toujours tenu à cette attitude, et les parties ont tenté d'obtenir le même résultat par d'autres moyens, notamment en matière successorale, en passant une convention avec le bénéficiaire de la renonciation, convention conclue soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : dans cette seconde hypothèse d'ailleurs, il se peut que le contractant, au profit duquel est effectuée la renonciation, soit celui-là même qui en aurait recueilli légalement le bénéfice, ou au contraire que ce soit une personne librement choisie par le renonçant à l'intérieur du cercle des héritiers venant à succession.

Qu'une renonciation conventionnelle soit valable lorsqu'elle est accomplie à titre onéreux, cela n'est pas douteux¹ : le droit de renoncer n'est pas hors du commerce, son exercice peut parfaitement être rémunéré, et l'autonomie de la volonté postule la validité d'une telle convention. S'il en était besoin, l'article 780 le prouverait : il considère comme une acceptation la renonciation faite à titre onéreux², ce qui implique évidemment qu'elle est valable.

Le même texte vise aussi, il est vrai, la renonciation gratuite faite au profit d'un ou plusieurs des cohéritiers, d'où l'on pourrait être tenté de conclure que la renonciation conventionnelle est également valable lorsqu'elle est faite à titre gratuit. Ce serait se fonder sur une analogie trompeuse : l'article 780, alinéa 2, 2^o, vise le cas où le renonçant reçoit le prix de la renonciation, ce qui implique l'existence d'une convention antérieure ou concomitante passée avec le bénéficiaire qui lui verse ce prix. Au contraire, l'alinéa 2-1^o prévoit seulement que la renonciation est faite au profit d'un ou plusieurs des cohéritiers : or le successible a pu faire une renonciation *in favorem* sans consulter au préalable son bénéficiaire. Il faut donc distinguer deux questions lorsque la renonciation est gratuite : peut-elle être faite par convention ? conventionnelle ou unilatérale, le bénéfice peut-il en être limité à certains seulement de ceux que la loi appelle à le recueillir ?

Une logique rigoureuse paraît s'opposer à ce qu'une renonciation gratuite puisse être réalisée par une convention sous seings privés. L'argumentation peut être présentée sous forme d'un dilemme : la donation indirecte par renonciation n'échappe normalement aux formes habituelles des donations que parce qu'elle résulte d'un acte qui a ses effets, et, le plus souvent, ses formes propres ; or, lorsqu'elle est conventionnelle, la renonciation perd à la fois son caractère abstrait et son caractère formel ; elle devient un contrat, et réalise donc une donation directe ; il n'y a plus de raison de la faire échapper à la règle de l'authenticité.

On a sans doute prétendu échapper à ce dilemme : M. Sibiciano³ admet parfaitement qu'il est inexact en pareil cas de parler de renonciation transmissive ou translatrice, l'acte, pour lui, n'est plus une renonciation ; mais il suffit de dire qu'il constitue une donation indirecte pour le valider. Dans un ouvrage consacré à la notion de renonciation, cet auteur ne nous expose pas sa conception de la donation indirecte et n'avait sans doute pas à le faire. Mais nous avouons ne pas comprendre comment, en pareil cas, dès que l'on a éliminé la notion de renonciation, il peut subsister une donation indirecte : même si l'on n'accepte pas la théorie générale que nous avons suggérée, il reste que la donation indirecte est définie, de manière habituelle, comme résultant d'une forme technique qui aurait pu être

(1) Req. 15 février 1882, Blanc c. Blanc, *motifs*, S., 1883, 1, 312 ; BASTIAN, note au S., 1940, 1, 33.

(2) Voir : Civ. c. 17 nov. 1930, Smeyers c. Lévy, *D. P.*, 1932, 1, 161, note J.-Ch. LAURENT.

(3) Thèse préc., n° 110, pp. 106-107.

employée à d'autres fins. Or lorsqu'on passe une convention stipulant que l'une des parties renoncera à un droit au profit de l'autre et sans prévoir de prix, on est complètement sorti de cette catégorie : il y a une donation directe, qui ne peut valoir que si elle respecte les formes authentiques.

Ce raisonnement nous paraît irréfutable. Et cependant nous sommes obligé de constater que la jurisprudence n'en a pas consacré les conséquences. Déjà, dans un arrêt du 15 novembre 1858¹, rendu « après un long délibéré » et contrairement à l'opinion de son conseiller rapporteur, la Chambre des requêtes a proclamé « que, en admettant au même titre que la donation, vente ou transport, la renonciation gratuite de l'un des héritiers au profit d'un ou plusieurs de ses cohéritiers, la loi n'en a pas déterminé la forme, et notamment ne l'a pas soumise aux règles et conditions des actes portant donation entre vifs ; que dès lors elle reste quant à sa preuve dans les termes du droit commun » : en conséquence, la Cour d'appel a pu fonder sur un commencement de preuve par écrit complété par des présomptions l'existence de la convention de renonciation. Les motifs donnés à l'appui de cette solution paraissent la rattacher à la conception exégétique que nous analysions plus haut² : un texte particulier a prévu l'existence de renonciation gratuite ; il faut en déduire que celle-ci peut être réalisée dans une forme quelconque. Nous ne reviendrons pas sur ce raisonnement, que nous avons critiqué de manière générale, et plus spécialement dans son application à l'article 780. Mais il est intéressant de relever que la Cour de cassation a cru devoir renforcer cette idée par une autre : en parlant du pacte de famille, elle semble indiquer que peut-être les héritiers renonçants accomplissaient envers la bénéficiaire une sorte de devoir moral, et que par conséquent, même quant au fond, leur acte ne constituait pas une véritable donation. Quelle que soit la valeur de cet argument, il montre tout au moins que le premier n'avait point paru décisif à la Cour de cassation. Il ne semble pas, cependant, que ces hésitations aient abouti à un changement quelconque dans la jurisprudence postérieure : si l'arrêt du 9 décembre 1874³ ne prête, à raison de l'incertitude des données de l'espèce, à aucune conclusion précise, de même que celui du 15 février 1882⁴, par contre la Cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt du 30 novembre 1881⁵, nie que l'abandon conventionnel, « profitant aux cosuccessibles à titre de simple accroissement, puisse être considéré comme une libéralité sujette aux formes des donations », et la Cour de cassation elle-même, dans une décision récente⁶, semble bien consacrer à nouveau implicitement ce point de vue. Si l'on s'attache à la réalité de leurs décisions plus encore qu'aux formules par lesquelles ils les ont motivées, il est donc permis d'affirmer que les tribunaux français reconnaissent la possibilité de réaliser des donations indirectes au moyen de renonciations conventionnelles. Sans doute, en matière successorale, une telle renonciation conventionnelle ne produit

(1) Foubard c. Périer, *D. P.*, 1858, 1, 433, *S.*, 1859, 1, 9 et les observations du conseiller Nicolas.

(2) 2^e partie, titre 1^{er}, ch. 1^{er}, sect. 3.

(3) *Civ. r.* 9 déc. 1874, Chadercaudanmarécar c. Sandasaïbmarécar, *D. P.*, 1875, 1, 132, *S.*, 1875, 1, 249 : il semble bien que la Cour d'appel estimait en l'espèce que cette renonciation n'avait pas constitué une donation.

(4) Précité, *S.*, 1883, 1, 312 : les circonstances dans lesquelles avait eu lieu la renonciation semblent bien exclure toute intention libérale de la part de son auteur.

(5) Rigoudeau c. Leblanc, *D. P.*, 1882, 2, 247, *S.*, 1883, 2, 123.

(6) Req. 28 juill. 1938, dame Perrotet veuve Ganneau c. veuve Ganneau, *S.*, 1940, 1, 33 et note D. BASTIAN ; *D. H.*, 1938, 517 ; *J. C. P.*, 1938, 2, 914, 1^{re} esp. et note R. D.

effet, comme le rappelle la Cour de cassation, que dans les rapports entre cohéritiers ; mais, dans ces rapports, elle est pleinement efficace.

Cette solution nous apparaît critiquable, et c'est à juste titre, croyons-nous, que des jurisprudences étrangères, appliquant un droit analogue au nôtre, ont admis que la libéralité réalisée par ce moyen était inefficace, faute d'avoir été incluse dans un acte notarié : telle est la solution des Cours canadiennes, approuvée par les auteurs qui l'ont étudiée¹.

Par conséquent, la solution la plus juridique nous paraît être la suivante : la renonciation à succession faite au greffe est valable *erga omnes* et peut sans difficulté être employée afin de réaliser une donation indirecte ; la renonciation conventionnelle, au contraire, ne crée que des obligations entre les parties, et ne peut valablement réaliser une donation indirecte. La combinaison de ces deux couples de règles pose le problème suivant : s'étant engagé à titre gratuit envers un appelé subséquent à renoncer à la succession, l'héritier exécute cette obligation en passant renonciation par déclaration au greffe ; faite isolément, cette déclaration au greffe eût été pleinement efficace ; n'ayant été que l'exécution d'un contrat nul en soi, ne participe-t-elle pas de cette nullité ? MM. Demogue et Lepaulle ne le pensent pas : pour eux², « la donation devient définitive par l'exécution qui en est faite, comme au cas de donation par acte privé il y a donation valable si ensuite il y a tradition valant don manuel ». Si l'analogie invoquée ne nous paraît pas contestable entre notre cas et celui où une donation mobilière nulle pour vice de forme fait ensuite l'objet d'une exécution par tradition, la solution donnée dans cette seconde hypothèse l'est davantage : sans doute, MM. Demogue et Lepaulle peuvent-ils invoquer en faveur de la solution qu'ils déclarent admise l'autorité d'éminents civilistes³, qui affirment de manière très catégorique que, si la donation nulle en la forme « porte sur des meubles corporels qui ont été livrés, il y aura don manuel ; ce n'est pas la première donation qui est valable ; mais une seconde donation portant sur le même bien ». Ceci ne nous paraît pas correspondre à la jurisprudence, qui donne des solutions beaucoup plus nuancées et servant de plus près la réalité psychologique⁴ : si la tradition a été considérée par le donateur comme l'exécution, à laquelle il se croyait obligé, de la donation nulle antérieure, cette tradition est inefficace : elle ne peut avoir plus de valeur que l'acte qui lui sert de cause et dont elle n'est que l'exécution ; « si, au contraire, la tradition a été, dans la pensée du donateur, un acte nouveau, indépendant de celui qui l'a précédé, intervenant non pour exécuter cet acte, mais pour accomplir un don manuel, abstraction faite de l'acte antérieur et pour le remplacer, elle est valable. On peut dire alors que la donation a été refaite en la forme légale (article 1339), puisque le don manuel est admis pour les meubles corporels. C'est alors une question de fait et de circonstance, ou plutôt d'intention de la part du donateur »⁵. Une solution analogue doit être admise au cas de déclaration de renonciation faite au greffe à la suite d'une convention de donation antérieurement passée sous seings privés : valable si le donateur a entendu faire un acte entièrement nouveau remplaçant le précédent, elle sera ineffi-

(1) Cour supérieure d'Iberville, 16 mai 1934, analysé par DEMOGUE et LEPAULLE, *Rev. trim.*, 1934, p. 946, n° 12.

(2) *Loc. cit.*

(3) C'est cette solution qu'admettront plus tard MM. RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3276.

(4) Voir l'analyse de la jurisprudence dans : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 216 *in fine*, p. 285 ; voir aussi n° 236, b, pp. 325-326.

(5) VOIRIN, *op. cit.*, n° 216 *in fine*.

cace s'il a voulu seulement exécuter la convention nulle. Et cette distinction se justifie selon une double voie : tout d'abord, par la déclaration au greffe, la donation est refaite en la forme légale, ou plutôt, selon l'expression de Josserand¹, « en la forme jurisprudentielle », or cette réfection n'est relevante que si elle est faite en connaissance de cause, si elle n'est pas viciée par une erreur quant à l'obligation qui s'imposait à son auteur ; d'autre part, la renonciation par déclaration au greffe est valable comme donation indirecte parce qu'elle constitue un acte abstrait, qui n'indique point sa cause ni son but, or il perd cette qualité lorsqu'il est relié par un lieu d'indivisibilité à une convention concrète dont il est l'exécution, il n'est donc efficace que s'il est indépendant de cette convention.

III. — Cette remarque nous amène à poser une question plus générale, et sur laquelle la jurisprudence a eu rarement à se prononcer : si la renonciation est purement unilatérale, et si d'ailleurs elle a été faite au greffe quand cela est nécessaire, sa forme la rend apte à servir de moule à une donation indirecte ; mais n'est-il pas indispensable pour cela qu'elle soit abstraite dans son libellé même et n'indique pas les personnes à qui elle profite ? La Cour de cassation, présidée par Henrion de Pensey, qui a eu à se prononcer sur ce problème à une époque ancienne, ne semble pas d'ailleurs l'avoir résolu par des motifs adéquats aux faits de la cause² : les héritiers avaient déclaré au greffe renoncer à la succession au profit du cessionnaire d'une cohéritière, lequel était présent et avait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ; ils prétendirent ensuite faire annuler leur renonciation, soit comme ayant été faite au profit d'un cessionnaire et non d'un héritier, soit comme renonciation gratuite faite en dehors des formes des donations entre vifs ; le Tribunal de Domfront et la Cour de Caen firent droit à leurs moyens : selon la Cour, la renonciation gratuite faite au greffe ne peut être valable qu'au profit d'un héritier, non d'un étranger ; et la Cour de cassation rejette le pourvoi, semblant ainsi consacrer cette opinion que la déclaration au greffe peut parfaitement porter renonciation au profit d'une personne déterminée, pourvu que cette personne figure elle-même parmi les héritiers. C'est également cette solution qui paraît résulter de la jurisprudence que nous avons citée précédemment, pour la critiquer, à propos des renonciations conventionnelles, et notamment de l'arrêt du 15 novembre 1858³ : ces décisions se trouvaient en présence de renonciations qui, non seulement avaient revêtu la forme contractuelle, mais encore n'étaient destinées à profiter qu'à certains ou même à un seul des cohéritiers ; de sorte qu'un double principe peut en être dégagé, celui que nous avons précédemment critiqué et qui admet la possibilité de donations indirectes sous forme de renonciations *conventionnelles*, celui que nous examinons actuellement et qui affirme que la limitation à certains des héritiers du bénéfice de la renonciation ne l'empêche pas de réaliser valablement une donation indirecte : comme l'écrit M. Maguet⁴, « il n'est pas nécessaire que cette renonciation soit pure et simple, elle peut être faite spécialement au profit d'un ou de plusieurs des cohéritiers du renonçant. Bien qu'elle constitue alors, d'après l'article 780, alinéa 2, une variété d'acceptation, elle n'en est pas moins une

(1) *Cours*, t. III, n° 1310-2°, p. 795.

(2) Req. 17 août 1815, Chédeville c. Grimoult et Bidart, *S.*, 1815, 1, 413.

(3) Foubard c. Périer, précité, *D. P.*, 1858, 1, 433, *S.*, 1859, 1, 9.

(4) Art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 26. — Dans le même sens, COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1630.

renonciation apparente et se trouve, par conséquent, soustraite aux règles de forme des donations ».

Ce point de vue ne nous paraît pas acceptable¹, et cela pour les mêmes raisons qui nous faisaient écarter les renonciations conventionnelles du champ des donations indirectes : en précisant les effets de la renonciation, pour modifier d'ailleurs ceux qui résultaient de la loi, on sort du champ de l'acte abstrait, on étale aux yeux de tous le but, non plus abdicatif, mais translatif, que l'on a poursuivi, on montre par là même l'existence d'un rapport juridique entre renonçant et bénéficiaire de la renonciation, et le double but de la forme authentique, auquel suppléait l'emploi de la renonciation abstraite, n'est plus pleinement assuré : puisqu'il est apparent que la renonciation a été faite dans l'intérêt de telle personne, le renonçant pourra être tenté, en démontrant que dans leurs rapports respectifs aucune cause antérieure ne la justifiait, de revenir sur elle : sans doute, le plus souvent, n'y réussira-t-il pas, car il lui faudrait encore expliquer par suite de quelle erreur il s'est engagé, et les circonstances elles-mêmes révéleront peut-être l'intention libérale ; mais il restera que sa volonté n'aura pas à l'origine été suffisamment protégée, il n'aura pas pris pleine conscience de la gravité de son acte ; le croyant lié à ses rapports avec le bénéficiaire, il n'aura pas cru faire un acte valable envers et contre tout.

C'est pourquoi nous croyons que, si un pareil acte vaut lorsqu'il est accompli à titre onéreux parce que l'existence d'une cause vient lui apporter le supplément de force qui lui manquait, il en est autrement s'il est réalisé à titre gratuit, car la volonté doit être alors d'autant plus forte qu'elle est le seul principe de force obligatoire. Et cette raison doit conduire, pensons-nous, à faire annuler la renonciation gratuite, non seulement lorsqu'elle limite son bénéfice à certaines des personnes qui avaient vocation légale à en profiter, mais encore lorsque le renonçant n'a fait qu'énumérer comme bénéficiaires les personnes mêmes auxquelles la loi conférerait déjà ce titre. Cette solution peut paraître bizarre et contraire à la maxime *quod abundat non vitiat* ; mais elle s'explique cependant : la clause est prise en considération à raison de la psychologie qu'elle révèle chez son auteur. Ici comme en matière de donation déguisée², la formule employée revêt une importance souvent considérable.

IV. — Il est toutefois des hypothèses où, à raison même de la nature juridique du rapport auquel s'applique la renonciation, la désignation nominative de son bénéficiaire ne présente pas le même caractère dirimant. Nous voulons parler des renonciations aux droits de créance, c'est-à-dire des remises de dette, auxquelles le Code civil a consacré des dispositions particulières relativement détaillées.

De manière générale, la remise de dette pourra être expresse ou tacite : expresse, elle sera soit dissimulée sous forme de quittance, soit faite ouvertement, le créancier déclarant renoncer à exiger son paiement ; tacite, elle est irréfragablement présumée par la loi au cas de remise *volontaire* du titre sous seings privés par le créancier à son débiteur et présumée jusqu'à preuve contraire au cas de remise de la grosse du titre notarié ; et la jurisprudence complète cette double présomption, résultant des articles 1282 et 1283 du Code civil, par une présomption prétorienne : la remise du titre est présumée volontaire, et c'est au créancier qu'il incombe de prouver qu'il n'en a pas été ainsi, ce qu'il pourra d'ailleurs faire par tous moyens³.

(1) En ce sens, pour le droit belge : J. SERVAIS, *Rev. trim.*, 1907, p. 649, n° 92.

(2) Voir JOSSEMAND, *Libéralisme et verbalisme*, D. H., 1933, Chr., pp. 65-68.

(3) Crim. r. 25 fév. 1937, dame Plenque veuve Marion, sol. implicite, S., 1938, 1,

En tout cas, s'il existe des remises de dette présumées par la loi, la seule inaction du créancier est absolument inopérante¹.

Dans quelle mesure ces principes permettent-ils au créancier d'utiliser ce procédé en vue de gratifier son débiteur ? S'il lui donne une quittance mensongère, il y aura une donation déguisée parfaitement valable. Par contre, il ne nous semble pas que le procédé consistant à déclarer libérer le débiteur par convention ou même par acte unilatéral soit utilisable s'il est employé ouvertement à titre gratuit : ce serait une donation directe, violant de manière patente l'article 931. Le domaine d'élection des donations indirectes sera donc celui des remises tacites ou présumées, résultant de la remise du titre : en pareil cas, ce que la loi présume, ce n'est pas à proprement parler la remise de dette au sens de renonciation à créance, c'est plus exactement son extinction par un mode quelconque qui peut être notamment un paiement : il y avait une part de vérité dans l'analogie que découvrait Toullier² entre cette remise du titre et la tradition d'un meuble corporel : par la première, le créancier se met dans l'impossibilité de réclamer son dû comme par la seconde le propriétaire se met dans l'impossibilité de revendiquer sa chose ; mais ni l'une ni l'autre n'indique la cause gratuite ou onéreuse qui a poussé son auteur à la réaliser. Nous sommes dans le domaine de l'acte abstrait : acte abstrait non pas sans doute quant à son bénéficiaire³, qui est nettement individualisé, mais seulement quant à sa cause : cela suffit à remplir la double fonction qui, dans l'esprit des rédacteurs du Code, devait être assurée par les formes authentiques. La volonté du donateur, en effet, traduit sa vigueur dans un dessaisissement matériel dont toute personne sensée comprend la portée. Quant à l'irrévocabilité, elle résulte du fait que, en abandonnant, soit le titre original sous seings privés, soit la grosse du titre notarié, le créancier se démunît de tout moyen de preuve ou de coercition et se met ainsi dans l'impossibilité totale d'exercer ses droits : si, dans le second cas, la minute subsiste, il n'est permis au notaire d'en délivrer une seconde grosse, qui seule permettrait l'exécution, que sur ordonnance du président, lequel ne manquera pas de s'enquérir des raisons qui ont amené la perte de la première⁴.

Ainsi, déjà dans le domaine des abandons de droits, nous constatons que la possibilité de réaliser une donation indirecte est liée au caractère abstrait de l'acte que l'on veut utiliser à cette fin. Nous allons voir qu'il en est de même dans le domaine des créations et des transferts de droits.

239 ; Trib. civ. Nantes, 31 juill. 1941, Guyot c. Comp. générale transatlantique, *Gaz. Pal.*, 1941, 2, 243 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1902, p. 897, n° 24 *in fine* ; — voir toutefois la jurisprudence analysée par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1930, p. 1083, n° 39.

(1) Trib. Seine, 9 février 1923, Delbouis c. dame Fraizier, *motifs*, S., 1923, 2, 158.

(2) T. V, n° 179, p. 183. — Cf. *supra*, titre I^{er}, ch. 1^{er}, sect. 2.

(3) D'anciens auteurs ont, il est vrai, prétendu distinguer la remise de dette, opération contractuelle, de la renonciation à créance, opération unilatérale, qui, elle, serait bien faite dans la pure volonté d'abdiquer son droit, sans considération de la personne contre laquelle existait ce droit. Pothier reconnaît que cette seconde hypothèse constitue un « cas métaphysique » ; peut-être le développement contemporain de la fiscalité est-il susceptible de le rendre pratique, le créancier abdiquant une créance difficilement recouvrable et dont le seul avantage est de l'assujettir à l'impôt. Ceci exclut l'intention libérale et place donc cet acte en dehors du champ de notre étude. En tout cas, cette renonciation bénéficie, par la force même des choses, à une personne nettement déterminée.

(4) D'ailleurs, il suffira au débiteur de représenter la première grosse pour établir qu'il n'y a pas eu perte, mais bien dessaisissement volontaire.

SECTION II

LES CRÉATIONS ET LES TRANSFERTS DE DROITS

Les donations indirectes par renonciation tirent leur force du caractère abstrait de l'acte dont elles empruntent le moule. Or ce caractère ne se retrouve pas normalement en ce qui concerne les actes portant création ou transfert de droits. Dès lors, la possibilité de réaliser des donations indirectes par ce moyen sera ouverte moins largement.

Une distinction doit être faite suivant que l'acte a pour objet un droit réel ou un droit personnel.

I. — Dans le domaine des droits réels, il s'agit en principe de transfert, et non de création : sans doute, le plein propriétaire peut créer des droits démembrés sur sa chose, mais l'analyse révèle que, ce faisant, il transfère une partie du droit qu'il possédait, il ne crée rien de nouveau : tel est du moins le cas s'il s'agit d'usufruit ou de servitude ; cela est plus contestable pour l'hypothèque, mais c'est qu'alors le droit réel créé est l'accessoire d'un droit personnel. Si le transfert a pour objet un meuble, il résultera souvent d'une simple transmission de la possession, qui présente le caractère abstrait : les dons manuels ne sont ainsi qu'une des formes de la donation indirecte, forme appropriée à l'objet particulier qui est le leur¹. Si le transfert a pour objet un immeuble, on ne retrouve pas la même possibilité : le transfert de la propriété immobilière n'a été conçu par le législateur que sur le mode concret : le Code consacre de longs articles à la vente pour en préciser les modalités ; sans doute ses dispositions sont-elles d'une manière générale applicables aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, mais c'est pour ces derniers qu'elles ont été conçues à titre principal, et il en existe même, et non des moindres, qui les concernent à titre exclusif : tels les articles 1674 et suivants relatifs à la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes : le législateur a désiré protéger tout spécialement la volonté du vendeur d'immeubles, renforcer par conséquent en sa faveur le caractère concret du contrat ; et il a pensé que cela ne présentait pas d'inconvénient sérieux, car l'idée de sécurité qui est à la base de bien des solutions particulières aux transferts de propriété mobilière² revêt pour les immeubles une importance moins grande : les transactions étant moins fréquentes et chacune d'elles se réalisant moins rapidement, l'acquéreur a le temps de se renseigner sur l'origine et la réalité du droit qu'il veut acquérir ; telle est aussi la raison pour laquelle la transcription, nécessaire pour rendre le titre opposable aux tiers, est impuissante à rendre valable un titre vicié : le transfert de propriété abstrait n'existe pas en droit français quant aux immeubles³.

Nous pouvons donc écarter du champ de notre étude le transfert des droits réels : s'il s'agit de droits immobiliers, la donation notariée est indispensable à moins que les parties ne *déguisent* l'opération sous forme de vente ; s'il s'agit de droits mobiliers, c'est un don manuel, que l'on n'a pas l'habitude de ranger dans la catégorie des donations indirectes et qui, en tout cas, a fait l'objet d'études spéciales qui rendent inutile un nouvel exposé.

(1) Cf. *supra*, titre I^{er}, ch. 1^{er}, sect. 2, *in fine*, et *infra*, notre Conclusion.

(2) Par exemple la règle de l'art. 2279.

(3) Comp. les législations étrangères et notamment les systèmes australien et allemand : RIPERT et BOULANGER, t. I, n^{os} 3302-3307.

II. — On pourrait, il est vrai, songer à considérer également comme des transferts de droits réels les transmissions portant sur des créances ; cette assimilation a été souvent faite en doctrine, notamment par les auteurs de droit international privé, pour lesquels « la créance, quelle que soit la source de l'obligation du débiteur, constitue, dans le patrimoine du créancier, un bien, distinct des relations du créancier et du débiteur qui l'ont fait naître, un meuble incorporel... » dont le régime est soumis à la *lex rei sitae*¹ ; mais il s'agit là d'une pure fiction, dont M. Batiffol a montré l'artifice². La créance ne peut se voir appliquer les mêmes règles qu'un droit réel. Avec l'étude des actes qui portent sur elle, nous entrons dans un domaine distinct, celui des obligations ou des droits personnels, où peuvent se poser, non seulement un problème de transfert, mais aussi un problème de création du droit.

Le principe, ici encore, est que les actes portant création ou transfert d'obligations sont des actes concrets, causés : cela résulte, pour la création même de l'obligation, de l'article 1131 du Code civil, qui exige une cause licite pour sa validité ; quant à la cession de créance, les articles 1689 et suivants la conçoivent comme une variété de vente³, ce qui implique que, comme la vente, elle est faite moyennant une contre-prestation équivalente, et que, comme elle, elle suppose pour sa validité l'existence des éléments habituels de l'obligation, notamment de la cause : si l'article 1690 précise les formalités par lesquelles la cession sera rendue opposable aux tiers, ces formalités ne confèrent à l'opération aucune valeur supplémentaire, elles n'ont pas plus d'effet que la transcription immobilière. C'est dire que la création et la transmission des obligations ne peuvent servir en principe à réaliser une donation indirecte : si elles sont consenties ouvertement à titre gratuit, il y a donation directe nulle pour vice de forme ; si elles indiquent une cause faussement onéreuse, il y a donation déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux.

Mais, si tel est le principe, il souffre différentes exceptions : tout d'abord, selon l'article 1132, « la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit point exprimée » ; on peut donc créer une obligation à titre gratuit sans en indiquer la cause : l'étude de ce premier tempérament au principe fera l'objet du premier paragraphe de cette section.

Il n'est pas le seul : le transfert des obligations est souvent abstrait, et c'est ce qui explique que fréquemment les obligations, une fois créées, aient été assimilées à des objets corporels : leur transfert obéit à des règles qui rappellent par certains côtés celles de la tradition des meubles corporels. Dans le droit moderne, l'obligation est considérée de moins en moins comme un rapport entre deux personnes, de plus en plus comme un rapport entre deux patrimoines⁴. A l'intérieur de ce rapport, il a paru désirable en certaines matières de faciliter le changement de l'une des parties, essentiellement du créancier : il a toujours été possible d'effectuer cette modification avec le consentement des deux parties : c'est la délégation ; mais, dans certaines hypothèses, empruntées surtout au droit commercial, et pour des raisons diverses tenant notamment au désir d'assurer la rapi-

(1) BARTIN, *Principes*, t. III, § 374, p. 31. — Comp. : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 357, p. 433.

(2) *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, n°s 513, 537, 546, et 585-586.

(3) Ce qui a d'ailleurs pu faciliter la confusion avec les droits réels, que nous venons de critiquer.

(4) Voir GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898.

dité et la sécurité des transactions, on admet cette transmission par un acte purement unilatéral et abstrait du créancier : c'est le cas principalement pour les titres à ordre et les titres nominatifs ; ainsi s'ouvre une nouvelle possibilité de réaliser des donations indirectes. La transmission des titres à ordre, l'immatriculation et le transfert des titres nominatifs, enfin la délégation feront l'objet des second, troisième et quatrième paragraphes de cette section.

§ 1^{er}. *La reconnaissance de dette et la promesse de payer.*

Le principe général est que l'obligation n'est valable que si elle est justifiée par une cause licite, mais on ne va pas jusqu'à exiger que l'existence de cette cause soit mentionnée dans le titre qui constate l'obligation : tel est le sens de l'article 1132 dont nous venons de rappeler les termes ; les auteurs contemporains en sont d'accord : ce texte règle une question de preuve, mais il n'institue pas un type d'acte valable sans cause : il présume la cause et son caractère licite¹. En vertu de cette présomption, le créancier qui demande l'exécution de l'obligation est dispensé de prouver qu'elle a une cause licite. Mais il reste au débiteur la possibilité de prouver l'inexistence de la cause ou son illicéité : si le billet ne comporte aucune indication, la preuve de l'inexistence, preuve d'un fait négatif indéfini, sera extrêmement difficile ; celle de l'illicéité sera plus facile : on prouvera d'abord un fait positif, l'existence de telle cause, puis son caractère illicite. Il se peut que le billet, au lieu d'être muet sur la cause, contienne l'indication d'une cause inexacte : alors il suffira au débiteur de prouver l'inexistence de cette cause, et il sera déchargé à moins que le créancier ne prouve l'existence d'une cause valable et licite à la base de l'obligation².

Tels sont donc les principes généraux sur l'efficacité des billets non causés ; mais dans quelle mesure peuvent-ils laisser place à une donation indirecte ? Trois questions successives se poseront à ce sujet : ne sera-t-il pas nécessaire pour cela qu'il y ait un dessaisissement véritable de la part du donateur, assurant l'irrévocabilité de la donation ? le libellé du billet pourra-t-il ou devra-t-il contenir des indications sur une cause gratuite ou onéreuse ? enfin le billet, abstraction faite de ses mentions de fond, ne sera-t-il pas soumis pour sa validité à certaines conditions de forme ?

I. — C'est sans doute à propos des billets de reconnaissance de dette que s'est posé le plus souvent le problème de la distinction de la donation entre vifs et du legs. Ce problème, on l'a remarqué déjà, n'existe guère lorsque la libéralité est effectuée selon les formes définies par le Code civil : ces formes constituent alors un critère en général suffisant ; parfois cependant un véritable testament, conçu comme tel par son auteur, pourra contenir une reconnaissance de dette parfaitement sincère et correspondant à une obligation réelle : elle sera alors valable³. Mais telle n'est pas

(1) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VIII, par LAGARDE, n°s 215-217, pp. 149-152 ; JOSSERAND, *Cours*, t. II, n° 137, pp. 78-79 ; COLIN et CAPITANT, t. II, 9^e éd., n° 108, pp. 76-77 ; RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 309, pp. 115-116 ; L. BALLEYDIER, C. R. de : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *Rev. crit.*, 1915-1924, pp. 52-63.

(2) Req. 31 juill. 1877, Juillerot c. Debief, S., 1880, 1, 24 ; Toulouse, 9 mars 1885, sous Req. 30 nov. 1885, Solirène c. Serain, S., 1886, 1, 316 ; comp. : Civ. 25 mars 1891, Ruffié c. Cuxac et Astruc, D. P., 1931, 1, 62 et note A. WAGNER, S., 1931, 1, 267.

(3) Voir CHARMONT, note aux *Pandectes françaises*, 1892, 5, 1 (sous Cass. belge, 25 avril 1891) et à la *Rev. crit.*, 1893, pp. 65-83, qui se prononce en faveur de la validité de la reconnaissance de dette en dépit de la caducité du testament. — Comp., à propos

la question qui est ici soulevée : nous supposons une reconnaissance de dette correspondant à un pur esprit de libéralité : il n'y a pas de difficulté si elle est contenue dans un testament régulier en la forme dont elle ne constitue que l'une des clauses : c'est alors un legs déguisé, valable parce que réalisé dans les formes du testament, mais valable comme disposition à cause de mort, sa place révélant suffisamment que l'intention de son auteur a été de le considérer comme tel.

Il se peut aussi que la reconnaissance de dette soit contenue dans un billet indépendant de toute autre disposition ; son auteur a, au moyen de procédés juridiques ou seulement pratiques, fait en sorte qu'elle ne puisse être invoquée avant son décès : procédés juridiques s'il a prévu lui-même dans le corps du billet que son paiement ne pourrait être réclamé qu'à son décès ou même un certain temps après ce décès ; procédés pratiques si, plus simplement, et sans rien inscrire dans le billet, il a conservé celui-ci par devers lui de manière qu'on ne le retrouve qu'après sa mort ou s'il l'a remis à un tiers avec mission de ne le faire parvenir au donataire qu'à ce moment.

Le donateur peut-il employer de pareilles combinaisons sans risquer de voir frapper d'inefficacité sa volonté libérale ? Pour le dire, il faut distinguer entre les deux hypothèses que nous avons mentionnées.

Si le donateur a conservé par devers lui le billet, sa disposition est absolument inefficace, et l'on en peut donner une double raison : d'une part, il a voulu par là disposer pour après son décès, il a donc voulu faire une disposition à cause de mort ; or cette volonté suppose, pour être efficace, l'utilisation de l'une des formes de testament prévues par la loi ; le billet ne vaudra que s'il est entièrement écrit, daté et signé de la main de son auteur, c'est-à-dire s'il peut être considéré comme un testament olographe¹. Il en serait de même si, au lieu de le conserver par devers lui, le disposant avait remis le billet à une personne choisie par lui et en se réservant d'en disposer : cette personne n'est à son égard qu'un mandataire ou dépositaire, dont les pouvoirs expirent par le décès du mandant ou du déposant, en vertu des articles 2003 et 1939 du Code civil. Et cet argument de texte nous conduit au second motif de la solution : le prétendu donateur, conservant la disposition de l'objet, ne réalise pas vraiment une perte matérielle sensible, qui lui fasse comprendre toute la portée de son geste. Il n'y a ni irrévocabilité, ni par là même formalités suffisantes pour attirer l'attention du donateur, et c'est pourquoi l'opération n'est pas valable².

Ces considérations auraient dû inspirer une solution analogue dans l'hypothèse où le donateur s'est bien dessaisi du billet entre les mains du donataire, d'une manière par conséquent irrévocable, mais où ce billet prévoit formellement que le paiement ne pourra être exigé qu'au moment du décès du donateur ou même au bout d'un certain délai après ce décès. En pareil cas, s'il y a bien un dessaisissement matériel et définitif, il ne porte que sur un écrit ; l'objet même de la donation ne sortira du patrimoine du donateur qu'après son décès ; il n'y a pas cette volonté particu-

de l'irrévocabilité de la reconnaissance d'enfant naturel contenue dans un testament : en faveur de l'irrévocabilité : COLIN et CAPITANT, 10^e éd., t. 1^{er}, n° 361, p. 298 ; *contra* : JOSSELAND, *Cours*, t. 1^{er}, n° 1201-4^o, p. 673 ; RIPERT et BOULANGER, t. 1^{er}, n° 1437, p. 505.

(1) Voir JOLIVET, thèse citée, pp. 146 sq. ; RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3365 ; SENTOU, thèse citée, p. 148.

(2) *Sic* : Dijon, 11 mai 1904, sous Req. 17 juill. 1906, ville de Nolay c. Buss, S., 1907, 1, 457, D. P., 1910, 1, 287 ; *contra* : Req. 6 déc. 1854, Coste-Foron c. Bégot-Béolet, D. P., 1854, 1, 411, S., 1854, 1, 801.

lièrement forte qui consent non seulement à dépouiller ses successeurs, mais encore à se dépouiller soi-même. On devrait donc prononcer la nullité de l'opération, et tel est bien en principe le point de vue de la jurisprudence, qui en a fait application même à des donations authentiques ; mais ce principe, elle l'a singulièrement atténué par le tempérament qu'elle y apporte. Si, en effet, elle pose en règle, conformément d'ailleurs à un texte légal impératif¹, que la donation de biens à venir est frappée de nullité, elle estime que « lorsque l'objet d'une donation consiste dans une créance que le disposant crée sur lui-même de façon actuelle et irrévocable au profit du gratifié, il y a donation de biens présents, alors même que l'exigibilité de cette créance serait reportée au décès dudit disposant »². Et lorsque la donation est réalisée par acte sous seings privés, elle a fait preuve d'une indulgence semblable et a reconnu suffisant le dessaisissement résultant de la constitution d'une créance dès à présent certaine et dont seule l'exigibilité est retardée³.

Cette solution nous paraît reposer sur une définition trop purement juridique pour être exacte : même s'il est constitué dès à présent, le droit dont l'exigibilité est retardée jusqu'au décès du débiteur ne constitue pas pour ce dernier une perte actuellement sensible, et la fermeté de sa volonté libérale n'est plus assurée autant que la loi l'a voulu. Il faut reconnaître cependant que cette regrettable laxité de la jurisprudence trouve sa compensation sur un autre point ; le but poursuivi, qui est de rendre plus réfléchi le consentement du donateur, sera atteint en matière de reconnaissance de dette, par d'autres voies souvent plus directes : l'abandon du billet par le donateur entre les mains du donataire, les exigences de la jurisprudence quant à la rédaction du billet, que nous devons maintenant passer en revue.

II. — Ces exigences ont même parfois présenté une rigueur telle qu'il a pu sembler qu'elles rendaient impossible la réalisation par cette voie d'une donation indirecte. A en croire certains arrêts, il serait nécessaire, pour qu'un billet sous seings privés réalise valablement une donation, qu'il mentionne l'existence d'une cause onéreuse imaginaire, mais vraisemblable : tel est le prétendu principe qui semble seul capable d'expliquer des arrêts de la Cour de cassation du 7 janvier 1862 et du 23 mai 1876⁴ et qui apparaît d'ailleurs dans les motifs de ces décisions : dans la première espèce, un père adultérin avait souscrit en faveur de son fils un engagement, fondé sur des services rendus par la mère de l'enfant, l'autorisant à prélever la somme, alors importante, de huit cents francs sur sa succession ; le Tribunal de Saverne déclare nul ce billet, qui ne pourrait réaliser valablement

(1) Article 943 du Code civil.

(2) Civ. c. 30 novembre 1937, époux Roussin c. consorts Veyron-Lacroix, S., 1938, 1, 241 et note R. MOREL. — Comp. Civ. 18 nov. 1861, Frilet c. de La Carrière, S., 1862, 1, 33.

(3) Angers, 30 mai 1873, Pilon c. Hérault, S., 1873, 2, 276 ; Liège, 24 juillet 1906, analysé par SERVAIS, *Rev. trim.*, 1908, p. 591, n° 75. — Comp. : Trib. Épinal, 22 avril 1931, veuve Hatton c. Briswalter et François, S., 1932, 2, 25 et note signée F. G., qui a annulé l'acte mais parce qu'elle a considéré que le défunt avait voulu faire un testament, nul pour inobservation des formalités des art. 969 sq., jugement réformé par Nancy, 20 janvier 1932, S., 1933, 2, 217 et note GÉNY. — Comp. aussi : Cour du Banc du Roi de Montréal, 15 déc. 1932, analysé par DEMOGUE et LEPAULLE, *Rev. trim.*, 1933, pp. 557-558, et, sur appel, Cour suprême d'Ottawa, 15 mai 1934, analysé par les mêmes, *Rev. trim.*, 1936, pp. 573-574.

(4) Req. 7 janvier 1862, Schauer c. Fortmann, D. P., 1862, 1, 188 ; Civ. c. 23 mai 1876, consorts Lot (ou Jousseran) c. dame Signoud, D. P., 1876, 1, 254, S., 1876, 1, 342.

une donation que s'il alléguait une certaine cause en vertu de laquelle son auteur serait devenu débiteur ; et, si la Cour de cassation ne s'approprie pas formellement ce motif, du moins rejette-t-elle le pourvoi en précisant que l'acte, « dans sa forme aussi bien qu'au fond, n'a que le caractère d'une pure libéralité » ; et, en 1876, la Cour suprême se prononce plus nettement encore par un arrêt prononçant cassation : « lesdits écrits, qui n'expriment aucune cause susceptible de leur imprimer le caractère apparent d'une obligation à titre onéreux, et dont la seule cause, suivant l'indication donnée par la partie qui réclame le paiement des sommes y portées, consiste dans une intention de libéralité, ne sauraient être considérés comme constituant une donation déguisée sous la forme d'actes à titre onéreux, puisque, en l'absence d'une cause intéressée, venant masquer la libéralité, le déguisement de celle-ci fait complètement défaut ». Par conséquent, le billet est valable en principe même si sa cause n'est pas indiquée (article 1132) ; mais il en est autrement s'il trouve sa cause réelle dans une intention libérale : il est alors nécessaire pour sa validité que soit indiquée une cause onéreuse ; autrement dit, la reconnaissance de dette permet bien de réaliser une donation déguisée, mais non une donation simplement indirecte¹.

Cette solution ne nous paraît pouvoir être acceptée à aucun des deux points de vue auxquels nous nous sommes placé jusqu'à présent pour discerner les donations indirectes valables. Et, tout d'abord, au point de vue de l'irrévocabilité : le silence du billet sur sa cause ménage-t-il au donateur davantage de possibilité de le rétracter que l'indication d'une fausse cause ? certainement non, et nous serions même tenté de dire qu'il lui en laisse plutôt moins : en effet, le billet non causé est valable, cela n'a jamais fait de difficulté ni en pratique ni en doctrine, lorsque la dette qu'il constate est à titre onéreux ; le seul silence du billet sur la cause ne suffira pas à permettre de le faire annuler : il faudra que celui qui s'est constitué débiteur démontre qu'il l'a fait sans cause : sans doute, il pourra réussir dans cette preuve, mais ce sera très difficile, plus difficile même que si le billet avait indiqué sa cause : dans ce dernier cas il eût suffi au débiteur de prouver l'inexistence de la cause indiquée, preuve positive et définie, tandis que, si le billet est muet, c'est une preuve négative indéfinie qui lui incombe.

Et, l'irrévocabilité assurée, la protection du consentement l'est par là même : le signataire, pour peu qu'il soit d'intelligence moyenne, se desaisit d'un billet dont il sait l'usage qui pourra être fait contre lui.

La jurisprudence que nous critiquons confond donation déguisée et donation indirecte, elle affirme implicitement qu'il n'y a pas d'autres donations valables sans formes que les donations déguisées. Pour ceux qui fondent la validité des donations indirectes sur le libellé de l'article 931, elle viole les termes de ce texte qui exclut l'authenticité, non pas seulement lorsque l'acte porte une cause onéreuse, mais toutes les fois que l'acte ne porte pas une cause gratuite. Et, de manière plus générale, comme le fait remarquer Demogue², l'application de l'article 1132 et le simple bon sens devraient conduire à dire que tout ce qui n'apparaît pas irrégulier est présumé régulier.

(1) Comp. : MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 4 ; JOLIVET, thèse citée, pp. 91 sq. et les références ; JOSSERAND, *Libéralisme et verbalisme*, chronique précitée, *D. H.*, 1933, pp. 65-68, not. § II, p. 67 ; — voir aussi Req. 23 mars 1870, Brion c. de Saqui-Sannes, *S.*, 1870, I, 214 : cet arrêt contient un attendu analogue à l'arrêt Schauer de 1862, mais l'application en est moins discutable, car il semble bien que la libéralité était apparente : cf. *infra*.

(2) *Obligations*, t. I, 2^e partie, ch. 4, n° 168.

Ces raisons ont provoqué de grandes hésitations dans la jurisprudence postérieure, et un arrêt au moins a été rendu par la Cour de cassation qui semble impliquer que l'indication d'une cause n'est pas nécessaire. Un prêtre, hébergé par un ami, avait signé et remis à la domestique de cet ami un billet aux termes duquel il « déclarait... lui devoir la somme de quatre cents francs de rente jusqu'à sa mort » ; les juges du fond avaient annulé le billet comme donation sans formes en constatant qu'il s'agissait d'un acte purement gratuit, qui n'était motivé par aucune dette civile ou naturelle ; la Cour suprême casse l'arrêt de Bordeaux¹ : pour elle, « un tel acte, revêtant tous les caractères apparents d'un contrat à titre onéreux, est valable » comme donation déguisée : c'est reconnaître implicitement mais nettement qu'il n'est pas nécessaire que soit indiquée une cause onéreuse déterminée, qu'il suffit qu'on la laisse pressentir : la seule chose qui nous paraisse critiquable dans cet arrêt est la qualification de donation déguisée qu'il applique à l'opération : il n'y a en réalité aucun mensonge, aucun déguisement, et il serait plus exact de parler de donation indirecte². Mais peut-on considérer comme acquise en jurisprudence la solution qu'il donne ? MM. Ripert et Boulanger semblent le penser³ ; nous serons moins catégorique : nous n'avons pas trouvé d'arrêt postérieur qui en reprenne l'expression, tandis que deux décisions au moins, le précédant de peu d'années, s'étaient prononcées en sens contraire. En tout cas la solution de 1888, qui nous paraît indiscutable sur le plan des principes, ne résout pas toutes les questions concernant le mode de rédaction du billet.

Le billet, tout en n'indiquant pas la nature de la convention onéreuse qui est censée en être la cause, peut être conçu soit comme impliquant seulement un engagement de payer (bon pour telle somme, je paierai telle somme) soit plus précisément sous forme de reconnaissance d'une dette antérieure (je reconnais devoir telle somme). A en croire certains⁴, la seconde formule seule serait efficace : « lorsqu'on se mêle de mentir, il ne faut pas mentir à moitié ; on doit sauver la face, complètement, et masquer la réalité par une façade impénétrable » ; mais c'est à tort que l'on a invoqué en ce sens l'arrêt *Lot contre Signoud* du 23 mai 1876 : cet arrêt, nous l'avons vu, se justifie par d'autres considérations, qu'une jurisprudence plus récente n'a pas maintenues fermement, et son autorité est nulle en notre matière. Peut-on, à l'inverse, se prévaloir de l'arrêt *Malapert contre Devaux* du 11 juillet 1888 pour admettre la validité de la simple promesse de payer⁵ ? C'est pour le moins discutable : dans l'espèce soumise à la Cour suprême, le requérant avait écrit : « je déclare devoir », formule que, malgré son caractère quelque peu ambigu, il paraît plus naturel d'interpréter comme la reconnaissance d'une dette antérieure. Ce n'est donc pas dans la jurisprudence de la Cour de cassation que l'on peut trouver des directives précises sur cette question, qu'il ne reste donc possible de trancher que par référence aux principes généraux.

Or deux principes contraires paraissent se heurter : d'une part, selon le droit commun des obligations, le billet non causé est valable, quelle que soit la manière dont il a été conçu, reconnaissance de dette ou promesse

(1) Civ. c. 11 juillet 1888, demoiselle Malapert c. Devaux et Pauly, *D. P.*, 1889, 1, 479, *S.*, 1888, 1, 409.

(2) Voir RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3363, p. 1064.

(3) *Eod. loc.* — Cette solution paraît être également celle de la jurisprudence belge : voir L. GRAULICH et P. LALOUX, *Rev. trim.*, 1937, pp. 461-462, n° 66.

(4) JOSSEMERAND, *Chronique précitée*, II, p. 67. — Comp. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1945, pp. 205-206, n° 4.

(5) *Sic* : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3329.

de payer : les distinctions qu'avaient proposées Aubry et Rau à ce point de vue n'ont point été retenues¹, et par conséquent la promesse de payer est juridiquement apte à produire un effet aussi fort que la reconnaissance de dette ; mais d'autre part, il a pu paraître que, à raison d'un emploi peut-être moins fréquent de ce mode de rédiger le billet et de la formule moins catégorique utilisée, le signataire avait une moindre conscience du dessaisissement accompli, et c'est pourquoi certaines décisions des juridictions inférieures² ont proclamé qu'en pareil cas le billet était nul faute de respecter les formes de l'article 931, tandis que d'autres, émanant notamment des tribunaux belges³, admettent la validité aussi bien de la promesse de paiement que de la reconnaissance de dette. C'est à ce dernier point de vue que nous nous rallierons⁴ : il ne suffit pas sans doute de dire en sa faveur, avec MM. Ripert et Boulanger, qu'il est « une conséquence logique de la jurisprudence qui valide les reconnaissances de dettes simulées », car il existe d'autres cas où l'acte simulé produit des effets qu'un acte sincère ne saurait produire⁵ ; mais les considérations subjectives que l'on a fait valoir en faveur de la nullité sont purement divinatoires : du moment que, au titre de preuve d'une obligation à titre onéreux, la promesse de payer produit les mêmes effets que la reconnaissance de dette, il est à présumer que la partie a connu cette similitude d'effets et que par conséquent sa volonté a été aussi forte dans un cas que dans l'autre. Si le juriste ne doit pas sacrifier les considérations subjectives, il est bien obligé de poser des règles générales et, pour ce, de présumer la volonté des parties d'après les éléments objectifs dans lesquels elle s'est traduite : là où l'on observe entre ces éléments une identité d'effets, il y a lieu de présumer une identité psychologique : la sécurité et la « praticabilité » du droit l'exigent. On a fait observer d'ailleurs que la formule « je reconnais devoir » n'est pas plus expressive que « je promets de payer » : on peut devoir en vertu d'une obligation antérieure comme on peut devoir parce qu'il plaît de s'obliger⁶.

En un mot, il n'est nécessaire, pour que le billet vaille donation, ni qu'il exprime une cause onéreuse déterminée, ni que sa formule implique nettement l'existence antérieure d'une dette. Mais en fait, il arrive souvent que les parties, mal éclairées sur ces solutions et redoutant une jurisprudence qui n'est pas toujours précise, croient devoir indiquer une cause à l'engagement. N'est-il pas nécessaire en pareil cas que cette indication revête un certain caractère de précision ? La question s'est posée en jurisprudence à propos de reconnaissances de dettes causées pour rémunération de services rendus ou pour témoigner de sa reconnaissance. Elle pourrait sembler résolue par les considérations qui précèdent : si le billet qui n'indique aucune cause est parfaitement valable comme donation, à plus forte raison celui qui en indique une, fût-elle insuffisante : *quod abundat non vitiat*. La simulation, qui aboutit parfois à valider un acte qui, autrement, serait nul, ne saurait, en tout cas, permettre d'annuler un acte valable sans elle.

(1) Voir COLIN et CAPITANT, t. II, n° 108 ; RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 309, p. 116, note 1.

(2) Voir not. AIX, 25 avril 1933, Baralis c. Donetta, *Gaz. Trib.*, 1933, 2, 2, 107, analysé par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1933, p. 1253.

(3) Voir L. GRAULICH et P. LALOUX, *Rev. trim.*, 1937, pp. 461-462, n° 66.

(4) *Sic* : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3329.

(5) C'est sur ce principe que repose la validité des donations déguisées sous forme d'un contrat à titre onéreux.

(6) M. CLOS, thèse citée, p. 113.

Mais ce raisonnement oublierait que, si la reconnaissance de dette peut valoir comme donation, c'est parce que son caractère abstrait ou son caractère onéreux apparent, en lui assurant une validité en soi qui ne peut être détruite que par une preuve très difficile, assure à la fois l'irrévocabilité de la donation qu'elle contient et, par la conscience qu'elle lui donne de cette irrévocabilité, la protection de la volonté du donateur. Cette protection disparaît lorsque le billet indique une cause qui est reconnue insuffisante : ses énonciations ne peuvent être complétées par la présomption d'une autre cause : l'article 1132 cesse de s'appliquer lorsque l'acte indique une cause qui est reconnue inexacte ou insuffisante : en pareil cas, c'est au créancier à justifier de la cause¹ ; il pourra le faire même si la cause réelle est gratuite lorsque le billet ne porte aucune mention ou indique une cause onéreuse d'apparence sérieuse ; mais, s'il s'agit de l'une de ces mentions vagues de services rendus et non précisés, on peut dire que c'est dans son apparence même que le billet est gratuit, et aucune des raisons avancées en faveur de sa validité ne peut alors s'appliquer. La jurisprudence paraît se rallier à cette opinion : elle annule notamment la rente constituée sous prétexte de pension alimentaire lorsque cette pension n'est évidemment pas justifiée par les ressources respectives des parties² ; elle ne considère pas comme suffisante la simple mention de services rendus ou soins donnés, sans autre précision³, ou, à plus forte raison, la simple mention d'une obligation de reconnaissance⁴. C'est que le billet vaut à raison de son caractère abstrait : dès que disparaît ce caractère il n'y a plus donation indirecte : il peut y avoir donation déguisée, et alors jouent les principes dégagés de la jurisprudence par le doyen Josserand⁵ : « que les parties y prennent garde : si elles veulent obtenir cette sorte de rédemption juridique, il convient qu'elles mentent absolument et sans réticence ; malheur à elles si leurs intentions véritables transparaissent dans la teneur de l'acte ». Ces principes, exacts pour les donations déguisées, sont étrangers à la théorie des donations indirectes.

III. — Il est par contre un dernier problème concernant la reconnaissance de dette (ou la promesse de payer) et qui se pose au même titre soit qu'elle constitue une donation déguisée soit qu'elle constitue une donation simplement indirecte. La reconnaissance de dette est un acte unilatéral sous seings privés ; elle est donc soumise, lorsqu'elle est consentie à titre onéreux, à la formalité du « bon pour » si elle n'est pas écrite entièrement de la main du débiteur ; à défaut de cette formalité, il y a nullité non pas sans doute de l'opération juridique elle-même, mais de l'écrit qui la cons-

(1) Cf. *supra*, les développements du début du présent paragraphe. — Comp. les observations de M. le doyen GÉNY, sous la signature F. G., note sous : Trib. Épinal, 22 avril 1931, veuve Hatton, précité, S., 1932, 2, 25.

(2) Req. 23 mars 1870, Brion c. de Saqui-Sannes, S., 1870, 1, 214 : il est vrai que les billets portaient comme cause le désir de donner un témoignage de reconnaissance à veuve Brion, ce qui constituait une cause de nullité bien plus caractérisée. — Comp., sur le régime fiscal des pensions « alimentaires » constituées à titre gratuit : Trib. civ. Aubusson, 13 juin 1939, Rebière, J. C. P., 1939, II, 1232, 2^e esp.

(3) Req. 7 janv. 1862, Schauer c. Fortmann, précité, D. P., 1862, 1, 188 ; Caen, 22 mars 1911, Carayon c. Blot, S., 1911, 2, 271 ; — *Contra* : Civ. c. 11 fév. 1896, Van de Vin c. Brimont, D. P., 1896, 1, 153, S., 1896, 1, 69. — Comp. Lyon, 18 janv. 1945, Guyonnet c. Raphanel, Gaz. Pal., 1945, 1, 193, commenté par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1945, pp. 205-206, n° 4, où un fonds était donné « à titre d'indemnité ».

(4) Comp. : JOLIVET, thèse citée, pp. 91 sq. et les références ; S. DALLIGNY, thèse citée, pp. 51-55 ; SAVATIER, *Rev. trim.*, 1932, pp. 500-502, n° 7.

(5) *Les mobiles*, n° 197, p. 244.

tate ; on sera obligé, pour établir l'existence de l'engagement, de recourir aux autres modes de preuve admis par le droit commun ; on pourra même se servir à cette fin de témoignages et de présomptions, même au-dessus de cinq cents francs, en considérant le billet irrégulier comme un commencement de preuve par écrit permettant d'y recourir¹.

Que le « bon pour » soit exigé également lorsque la reconnaissance de dette abrite une donation, déguisée ou indirecte, c'est un point qui ne saurait faire de doute : en ce qui concerne la donation déguisée, cela résulte à l'évidence du principe posé par la Cour de cassation, qui exige qu'elle « offre les caractères distinctifs du contrat dont elle emprunte le titre »² ; pour la donation indirecte, que la Cour suprême ne distingue pas d'ailleurs de la précédente, cela n'est pas moins certain : l'article 1326 pose un principe général applicable à toutes les obligations, sans préciser à quel titre elles ont été contractées, et, s'il est admissible que la donation soit soumise dans certaines conditions à des formes *aussi simples* que celles des actes onéreux, on ne comprendrait pas en revanche que cet acte, que le législateur a voulu soumettre à des règles plus sévères, bénéficie d'un régime de faveur.

Mais on n'a pas épuisé le problème en posant le principe de la soumission à l'article 1326 des reconnaissances de dettes à titre gratuit. Il faut encore préciser et la portée et la sanction de ce principe. Portée qui ne saurait être moins étendue, sanction qui ne saurait être moins rigoureuse que celles du droit commun ; mais qui peut-être seront organisées différemment.

L'article 1326, *in fine*, prévoit un certain nombre de cas où la formalité du « bon pour » n'est pas exigée. Ces cas sont définis *intuitu personae* : il s'agit de reconnaissances émanées soit de commerçants, présumés suffisamment avertis pour ne point s'engager à la légère, soit au contraire de personnes dont la profession faisait — à l'époque de la rédaction du Code — présumer le défaut d'instruction, et à qui il aurait été impossible de satisfaire aux exigences du « bon pour ». Ces exceptions jouent-elles encore lorsque la reconnaissance est consentie à titre gratuit ?

La question présente peu d'intérêt si le billet est souscrit par un commerçant : quoique bénéficiant de l'immunité légale même en ce qui concerne ses opérations non commerciales, pratiquement il aura soin, à une époque surtout où dans la pratique les exigences du « bon pour » ont reçu une extension considérable et que l'on a pu qualifier d'abusives³, de rédiger son acte de manière à le faire échapper à tout risque de nullité de ce chef.

En ce qui concerne, par contre, les artisans, laboureurs, vigneron ou domestiques, la Cour d'appel d'Angers⁴ a décidé qu'ils pouvaient parfaitement réaliser une donation déguisée au moyen d'une reconnaissance de dette dispensée de la formalité du « bon pour ». Cette opinion nous paraît critiquable : la disposition finale de l'article 1326 s'explique par la nécessité de ne pas priver pratiquement de la possibilité de contracter toute une catégorie de personnes, fort nombreuse à l'époque du Code ; la même raison ne vaut pas pour les actes gratuits, dont la réalisation présente un moindre degré d'urgence : on conçoit parfaitement que certaines formes de donations soient inaccessibles aux illettrés⁵, d'autant plus que,

(1) RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 426, et les décisions citées par ces auteurs.

(2) Voir MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 6 ; DEMOGUE, *Oblig.*, t. I^{er}, n° 167.

(3) LALOU, *D. H.*, 1933, Chr., p. 33 ; RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 424.

(4) 30 mai 1873, Pilon c. Hérault, précité, *S.*, 1873, 2, 276.

(5) De même, par exemple, que le testament authentique est inaccessible au muet et le testament mystique à l'aveugle : JOSSELAND, *Cours*, t. III, n° 4292, p. 788.

à leur égard, la reconnaissance de dette ne réaliserait pas une suffisante protection de la volonté : il serait trop facile, étant donné la confiance témoignée par le donateur au donataire, de tromper le premier sur l'objet, et le montant du billet qu'il signe, et dont rien ne lui révèle la gravité particulière : si en général la jurisprudence admet que la donation indirecte peut résulter d'un billet remis en blanc au donataire avec seulement le « bon pour » et la signature¹, il y a au moins alors cette garantie du montant manuscrit de l'obligation porté à la suite du « bon pour », garantie qui n'existe pas lorsque le signataire est un illettré. La formalité du « bon pour », simple règle de preuve susceptible d'accommodement lorsque le billet est rédigé à titre onéreux, devient une règle de forme, protectrice de la volonté et absolument impérative, lorsque le billet sert à réaliser une donation². Et cette transformation de la nature de la règle se traduit dans sa sanction.

En effet, dans cette seconde hypothèse, le billet dépourvu du « bon pour » sera totalement dénué d'effet ; il ne pourra pas servir de commencement de preuve par écrit. La jurisprudence, après avoir, dans des arrêts plus que centenaires³, paru admettre le contraire, proclame aujourd'hui cette solution : en pareil cas, dit-elle, « l'acte n'est pas établi dans les formes exigées par la loi pour sa validité en tant qu'acte à titre onéreux » ; par suite, il ne peut valoir ni donation déguisée, ni commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve de celle-ci par témoignages ou présomptions, « la donation ne pouvant être établie directement par un tel mode de preuve, et ce même mode de preuve étant essentiellement impropre à donner à l'acte invoqué l'apparence d'un acte à titre onéreux régulier en la forme, apparence qui, seule, aurait pu permettre au demandeur de s'en prévaloir »⁴. Il suffit de modifier légèrement la terminologie, critiquable à notre avis, de la Cour de cassation, pour appliquer la solution aussi bien à la donation indirecte qu'à la donation déguisée : la première, comme la seconde, est soumise à la formalité du « bon pour » ; elle ne vaut que parce qu'elle est apte à produire des effets complets sans que l'on ait à rechercher sa cause, à faire apparaître sa gratuité ; il est donc impossible d'admettre la validité du billet à titre de donation indirecte sous réserve de recourir à une preuve complémentaire par témoins ou présomptions qui enlèverait à l'acte son caractère abstrait et le principe même de sa validité.

Telles sont les principales observations qu'appelait l'utilisation dans

(1) Civ. r. 5 déc. 1877, Frottard c. Frottard, *D. P.*, 1878, 1, 481.

(2) Comp. les observations de KLINGMÜLLER à propos du droit allemand, analysées par M. BERNARD et A. ROUX, *Rev. trim.*, 1904, p. 834, n° 28.

(3) Req. 9 mars 1837, Verdat c. Veyre, sol. implicite, *S.*, 1837, 1, 714 ; Civ. r. 3 août 1841, mêmes parties, *S.*, 1841, 1, 621 : ces arrêts concernent des endossements en blanc faits avant la loi du 8 février 1922, mais la question se posait dans les mêmes termes que celle étudiée au texte.

(4) Req. 7 mars 1898, Anuzé c. Fosse-Fromentin, *D. P.*, 1898, 1, 220, *S.*, 1902, 1, 231, rejetant le pourvoi formé contre : Douai, 8 juin 1896, *D. P.*, 1897, 2, 196. — Dans le même sens, mais implicitement : Civ. r. 5 déc. 1877, Frottard c. Frottard, *D. P.*, 1878, 1, 481 ; Req. 17 janv. 1934, Meyer c. époux Lachenal, *S.*, 1934, 1, 230, *D. H.*, 1934, 164. — Cette transformation d'une règle de preuve en règle de forme est assez analogue à la transformation, qui se produit parfois, d'une règle de publicité en règle de validité : le défaut de publications de mariage, qui ne constitue normalement qu'un empêchement simplement prohibitif au mariage, devient un empêchement dirimant lorsque des Français ne sont allés se marier à l'étranger que pour se cacher, en vue d'éviter des oppositions qu'ils redoutaient en France : cf. RIPERT et BOULANGER, t. I^{er}, n°s 978 et 998.

un but de bienfaisance de la reconnaissance de dette et de la promesse de payer : ces actes sont des actes abstraits, parce que normalement leur objet est non pas de constater tous les éléments forcément complexes d'un contrat, mais seulement de réserver à celle des parties qui en a besoin la preuve des obligations de l'autre : pour cela, en vertu de l'article 1132, il suffira de désigner les parties à l'obligation et l'objet de celle-ci, il ne sera nullement nécessaire d'en indiquer la cause¹. C'est ce caractère abstrait de la reconnaissance de dette qui ouvre la possibilité de réaliser par son canal des donations indirectes.

Nous allons maintenant rencontrer d'autres actes où le caractère abstrait est lié moins étroitement à des règles de preuve, où l'on peut, même lorsqu'ils sont réalisés à titre onéreux, parler de véritables règles de forme : ils sont empruntés surtout au droit commercial.

§ 2. *La création et l'endossement des titres à ordre.*

Le droit commercial connaît en effet des besoins qui lui sont propres, besoin de rapidité des transactions, besoin de sécurité, et ces besoins postulent la création d'actes abstraits, qui seront individualisés, non plus par leur cause, mais par leur forme : abstraction et formalisme vont de pair. Il en est ainsi notamment dans la théorie de la lettre de change et des titres à ordre : les réformes législatives récentes, celles en particulier qui ont été opérées en application des conventions internationales de Genève, ont accentué le caractère abstrait de ces titres, tout en liant essentiellement leur validité au respect des formalités qu'ils ont précisées : la création même de la lettre de change dépend de la réunion des mentions énumérées par l'article 110 du Code de commerce, tandis que la théorie de la provision, c'est-à-dire au fond de la cause, que la loi française n'a pas voulu supprimer, n'est pas — et n'a d'ailleurs jamais été — intégrée dans l'acte : « l'acceptation suppose la provision »² ; de plus, soit lors de la création de la lettre de change, soit lors de chacun des endossements, la mention de la valeur fournie est devenue inutile depuis la loi du 8 février 1922. Par conséquent, la lettre de change et les opérations qui s'y rattachent peuvent servir à réaliser des libéralités, soit entre tiré et tireur, soit entre tireur et bénéficiaire, soit entre endosseur et bénéficiaire de l'endossement. Il nous reste à démontrer que ces libéralités présentent le caractère de donations indirectes. Il ne sera pas nécessaire, pour cela, de faire appel aux idées techniques et souvent complexes par lesquelles on a souvent voulu expliquer la théorie des titres à ordre : la règle qui a paru appeler ces subtiles explications est celle de l'opposabilité des exceptions ; elle n'est pas en question ici : ce n'est qu'occasionnellement que nous aurons à préciser tel de ses effets, et nous la tiendrons pour acquise. Elle a constitué un moyen d'assurer la sécurité des transactions en mettant les tiers à l'abri de la nullité ou de la résolution des droits des précédents porteurs ; mais ce moyen appelait à la fois un complément et un correctif, qui l'un et l'autre expliquent la possibilité de réaliser par là une donation indirecte : le complément, c'est le défaut d'indication de la cause de chacun des actes juridiques auxquels donne lieu la lettre de change ; le correctif, c'est le formalisme de chacun de ces actes.

(1) Comme la possibilité de prouver l'absence ou l'illicéité de la cause est réservée, on a dit que le billet non causé était un acte « provisoirement abstrait » : H. CROSET, thèse précitée, Lyon, 1930, p. 154.

(2) Art. 116, al. 4 nouveau C. comm.

I. — La libéralité peut s'insérer tout d'abord à l'origine même de la lettre de change, dans les rapports entre le tiré et le tireur : le tiré accepte la lettre en vue de gratifier le tireur. La lettre de change suppose pour sa validité l'existence d'une provision, et cette exigence semble trouver sa sanction dans la nullité, proclamée par la jurisprudence, des effets de complaisance ; cette nullité ne joue pas indistinctement, les tribunaux n'annulent pas les « bons effets de complaisance », ceux qui sont motivés par l'intention de cautionner la dette du tireur et non pas seulement de lui permettre de prolonger illicitement une existence commerciale compromise : en réalité, l'annulation des mauvais effets de complaisance tient à leur illicéité plutôt qu'à leur défaut de cause, et les affirmations contraires que l'on rencontre souvent tiennent à une confusion, qui n'est pas propre à la matière, entre les deux notions de cause et d'ordre public¹. La provision n'est la cause que si l'on donne à ce terme, non pas le sens, dégagé par M. Louis-Lucas, de contre-prestation, mais celui de justification juridique de l'engagement : l'intention libérale peut donc tenir lieu de provision. De toute manière, la provision n'est pas mentionnée dans la lettre de change ; elle est présumée par le seul fait de l'acceptation, aux termes de l'article 116, alinéa 3 du Code de commerce. Et cette maxime « l'acceptation suppose la provision » revêt, comme la maxime « en fait de meubles possession vaut titre »² qui lui fait pendant dans le domaine de la transmission de la propriété des meubles corporels, une double signification : d'une part, à l'égard des tiers, elle constitue une règle de fond, interdisant de leur opposer le défaut de provision, même à le supposer établi³ ; d'autre part, dans les rapports du tiré et du tireur, elle constitue une règle de preuve, une présomption d'existence de la provision, mais qui ne vaut que jusqu'à preuve contraire⁴. Et, de même que c'est à l'abri de la seconde signification de l'article 2279 que s'est édifiée la théorie de la validité des dons manuels, c'est sur ce second sens de la règle de l'article 116 que se fonde la validité des donations par création et acceptation d'une lettre de change. Cette acceptation n'implique aucune simulation ; il n'y a pas donation déguisée : « en empruntant la forme de la lettre de change, les parties adoptent un acte qui produira les effets juridiques normaux de l'acte adopté »⁵ : c'est un acte indirect⁶, une donation indirecte.

II. — A son origine, la lettre de change peut également réaliser une donation du tireur au bénéficiaire, et, ultérieurement, elle peut être l'objet d'une donation du bénéficiaire ou d'un porteur subséquent à une personne au profit de qui elle sera endossée. Dans un cas comme dans l'autre, le Code de commerce exigeait autrefois⁷ que soit indiquée, soit dans le corps de la lettre de change, soit dans l'endossement, la valeur fournie. De sorte que, si l'on voulait réaliser une donation, il fallait sous peine de la voir

(1) Sur la distinction nécessaire, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, t. II, n° 170 sq. ; LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, *passim*.

(2) RIPERT et BOULANGER, t. I^{er}, n° 3402, p. 1111.

(3) L'al. 5 de l'art. 116 correspond plus spécialement à cette hypothèse : « elle [l'acceptation] en établit la preuve [de la provision] à l'égard des endosseurs ».

(4) Certaines décisions, à tort d'ailleurs, n'ont même pas admis cette possibilité de preuve contraire : Alger, 10 juillet 1937, Langlois c. Dandicolle, S., 1938, 2, 145, et note LESCOT.

(5) J. ROUSSEAU, thèse citée, n° 192, p. 227.

(6) J. ROUSSEAU, *op. loc.*, qualifie ainsi l'émission de lettre de change par le tireur en vue de cautionner le tiré ; il en est de même, par identité de motifs, de l'acceptation de la lettre par le tiré en vue de gratifier le tireur.

(7) Art. 110 et 137 anciens.

annuler par application de l'article 931 du Code civil, indiquer une cause faussement onéreuse : la donation déguisée était possible, non la donation indirecte. La loi du 8 février 1922 a supprimé cette exigence : désormais l'indication de la valeur fournie n'est plus obligatoire ; par conséquent, hormis le cas où les parties auront indiqué, sans utilité, une cause onéreuse fictive¹, la donation réalisée par le moyen d'un endossement sera une donation indirecte.

Il faut reconnaître que dès avant 1922 la jurisprudence avait, tout au moins dans le cas d'endossement, sinon en ce qui concerne les mentions originaires de la traite, singulièrement atténué les exigences légales. Sa bienveillance se lie d'ailleurs à celle dont elle fit preuve pour l'interprétation de l'ensemble des articles 137 et 138 anciens du Code de commerce. Le premier de ces textes énonçait toute une série de mentions qui devaient précéder la signature de l'endosseur, et l'article 138 précisait que, faute de contenir ces mentions, l'endossement ne vaudrait que comme procuration. L'endossement en blanc paraissait donc ne pouvoir réaliser une donation, puisqu'il était impuissant à transférer à son bénéficiaire la propriété de l'effet de commerce. Or, loin de consacrer cette solution, la jurisprudence admit l'efficacité de donations résultant d'endossements en blanc et tenta de la justifier au moyen de deux arguments principaux.

D'une part, l'article 138 n'établirait qu'une « simple présomption qui n'exclut pas la preuve du contraire, lorsqu'il s'agit de régler les droits respectifs de celui qui a fait l'endossement irrégulier, et de celui à qui il est fait »² : ce serait donc seulement à l'égard des tiers que l'endossement ne vaudrait que comme procuration : contrairement à une tendance générale du droit cambiaire, qui est de valider au profit des tiers ce qui est nul *inter partes*, c'est ici un acte nul à l'égard des tiers qui pourrait être efficace entre les parties.

D'autre part, la Cour de cassation a présenté, dans un arrêt de 1890³, une argumentation un peu différente : si l'endossement en blanc ne vaut légalement que comme procuration et ne suffit pas à opérer transmission de la lettre de change, « le porteur des billets doit, le cas échéant, être admis à établir que, par un acte séparé, le donateur, qui a pris, pour déguiser sa donation, la forme d'une obligation à titre onéreux, l'a autorisé à compléter, par les indications qui leur manquaient, les billets à ordre simplement endossés en blanc, et à en faire ainsi des titres réguliers » : cette décision s'inspire de la tendance qui, dans des arrêts anciens, permettait de compléter par un commencement de preuve par écrit une reconnaissance de dette ne portant pas le « bon pour » lorsque cette reconnaissance était faite à titre de donation.

Ces raisonnements sont critiquables sous la double forme qui leur a été donnée ; il suffit, pour s'en convaincre, de remonter au motif qui a pu permettre de valider la donation indirecte par endossement : il tient, nous l'avons dit, au caractère abstrait de l'endossement, au fait que celui-ci est efficace par sa seule forme, quels que soient les motifs qui l'aient inspiré ; or le même caractère ne se retrouve pas dans l'endossement en blanc : même si, avec la jurisprudence, on lui reconnaît un effet translatif lorsque telle est la volonté des parties, cela suppose une recherche d'intention incompatible avec la notion même de donation indirecte, laquelle doit être efficace par elle-même : l'argument est analogue à celui que nous avons

(1) Sur ce cas, voir JOLIVET, thèse citée, p. 55.

(2) Req. 25 janv. 1832, de Pougens c. Darlu et consorts, S., 1832, 1, 189.

(3) Civ. c. 29 déc. 1890, Burvand c. consorts Baboz, S., 1894, 1, 442. — Comp. : Civ. c. 5 déc. 1877, Frottard c. Frottard, précité, D. P., 1878, 1, 481.

développé au précédent paragraphe à propos de la formalité du « bon pour ».

Il y a sans doute ici une particularité de fait plus favorable à la solution jurisprudentielle : c'est que les mentions de l'endossement ne sont pas nécessairement écrites de la main de l'endosseur, de sorte que celui-ci, en donnant une simple signature, a pu laisser au nouveau porteur le soin de compléter les mentions : lorsque le titre ainsi complété sera présenté, on comprend qu'il vaille donation indirecte, car le bénéficiaire peut s'abriter soit derrière une situation apparente abstraite en laissant à son adversaire la charge de démontrer qu'il y a eu abus de blanc seing, soit derrière la règle de l'indivisibilité de l'aveu en indiquant qu'il avait reçu du donateur le pouvoir de compléter les mentions du titre : ainsi nous paraît justifié l'arrêt *Frottard* du 5 décembre 1877¹. Mais, de ce que le donataire avait la possibilité de compléter l'endossement en blanc, on ne peut déduire que tout doit se passer comme s'il avait usé de cette possibilité, et l'arrêt *Burvand* de 1890², qui casse une décision de la Cour de Besançon, nous paraît injustifié : car, tel qu'il était produit en justice, le billet était impuissant à réaliser donation. On nous dira qu'admettre notre solution, c'est récompenser l'habileté d'un plaideur mieux averti : mais précisément toute la théorie des donations indirectes repose sur ce principe que sont valables les donations réalisées en des formes qui témoignent de l'expérience des parties.

En tout cas, ce débat n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt doctrinal et historique. Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, l'article 117 du Code de commerce précise que « toute lettre de change... est transmissible par la voie de l'endossement » et que celui-ci peut « consister simplement dans la signature de l'endosseur ». L'endossement en blanc pourra donc valablement réaliser une donation indirecte.

Ainsi, avec une technique un peu différente, la validité des donations indirectes par la voie du titre à ordre repose au fond sur les mêmes raisons, encore plus puissantes ici, que la validité des donations par reconnaissance de dette. L'engagement cambiaire ou le transfert des droits conférés par le titre est présumé s'appuyer sur une cause licite et efficace, et cette présomption revêt même dans certains rapports un caractère irréfragable³ : on écarte de la sorte la possibilité pour le donateur de révoquer son acte. Mais, d'autre part, son consentement est protégé : il faut « une volonté de donner singulièrement ferme pour songer à recourir à ce procédé commercial »⁴ qui expose son auteur à des risques connus de tous les hommes d'affaires. Ici encore, il est suppléé aux exigences de l'article 931 par des formalités de substitution. C'est ce qui apparaîtra également pour la création et le transfert des titres nominatifs.

§ 3. *L'immatriculation et le transfert des titres nominatifs.*

I. — Les titres du droit commercial, dont on a voulu faciliter la circulation et assurer le développement, répondent, en effet, à trois formes principales, qui toutes trois se prêtent à un mode particulier de donation indirecte : titre au porteur qui peut faire l'objet d'un don manuel, titre à

(1) Précité, D. P., 1878, 1, 481.

(2) Précité, S., 1894, 1, 442.

(3) A vrai dire, il ne s'agit plus alors de présomption proprement dite : la règle de l'inopposabilité des exceptions est bien une règle de fond : cf. *supra*.

(4) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3330.

ordre qui peut faire l'objet d'une donation indirecte par endossement, titre nominatif enfin dont la création et la transmission résultent d'inscriptions portées sur les registres de la société ou de l'établissement débiteur. A raison du but poursuivi par le législateur, l'immatriculation et le transfert des titres nominatifs présentent ce caractère commun, avec l'endossement des titres à ordre et la tradition des titres au porteur, de voir leurs effets nettement définis indépendamment de leur cause : cet objectif est atteint en partie grâce au mode employé, inscription par un tiers (la société ou l'établissement débiteur) sur un registre destiné à faire preuve *erga omnes*, dont les mentions doivent, pour un motif évident d'utilité pratique, être stéréotypées et ne se prêtent pas à l'indication des rapports individuels entre le propriétaire qui transfère son droit et celui au profit de qui il le transfère. Mais ce mode de réalisation emporte une autre conséquence qui, elle, différencie le transfert de la tradition et de l'endossement : le transfert est réalisé en vertu d'un ordre donné par le titulaire à la société ou à l'établissement qui tient le registre, et il est interdit à ces derniers d'exiger l'acceptation du transfert par le cessionnaire¹ : au contraire, la tradition suppose par définition même le consentement de celui qui en bénéficie ; quant à l'endossement, il n'est vraiment efficace que s'il est accompagné de la remise matérielle du titre à son bénéficiaire. Non seulement l'immatriculation ou le transfert des titres nominatifs ne suppose pas la remise matérielle d'un titre à son bénéficiaire, puisque le titre c'est en réalité le registre des transferts, mais encore le bénéficiaire pourra parfaitement ignorer le transfert opéré à son profit : certains ont cru pouvoir tirer de là l'impossibilité de réaliser par transfert une donation indirecte² : cette question se rattache aux conditions de fond, dont nous entreprendrons l'étude plus loin³, mais nous pouvons provisoirement la négliger car, nous l'avons vu⁴, l'acceptation, si elle constitue peut-être un élément légal surajouté à la notion de donation, ne constitue certes pas un élément naturel qui soit de l'essence même de ce concept.

Le transfert consiste donc dans la mutation de propriété opérée sur les registres sociaux⁵ sur l'ordre du précédent propriétaire du titre : ce dernier n'indique pas la cause en vertu de laquelle il l'opère : l'acte revêt donc le caractère abstrait, caractère qui lui est commun avec tous les actes où intervient une personne étrangère aux rapports dans lesquels est incluse la cause de l'opération : le transfert met en jeu la société et le titulaire, sa cause doit être recherchée dans les rapports entre le titulaire et le cessionnaire ; c'est la raison pour laquelle il est abstrait. Et ici encore c'est ce caractère abstrait qui permet l'emploi de cette forme en vue de réaliser des donations indirectes.

La question n'est pas pour l'instant de savoir si, entre les parties, la cession de titres nominatifs est parfaite par le seul effet de la convention et si c'est seulement à l'égard des tiers que le transfert peut être exigé : nous croyons que c'est à juste titre que la Cour de cassation l'a admis⁶ ;

(1) Décr. 25 oct. 1934, art. 9, S., Lois annotées, 1931-35, p. 1358. — Dans le même sens, antérieurement à ce texte : J. BÉZARD-FALGAS, note sous Trib. civ. Seine, 23 déc. 1933, Syndicat central de publicité c. Enregistrement, S., 1934, 2, 153.

(2) H. NOUVEAU, thèse précitée, p. 61.

(3) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 2.

(4) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, *in limine*.

(5) *Brevilatis causa*, nous supposons dorénavant que la collectivité dont dépendent les titres est une société.

(6) Req. 20 mai 1889, trois arrêts, Clarard c. Maillard, D. P., 1890, 1, 250 ; Req. 24 avril 1907, veuve Wollaston c. Négrin ès-qualités, D. P., 1907, 1, 302.

mais cela ne peut valoir pour les donations : à raison des exigences de l'article 931, celles-ci ne sont efficaces que si elles peuvent être introduites dans un moule adéquat. Le transfert, à la différence de la simple convention de cession, est apte à constituer ce moule.

Ce transfert, qui vaut sans indication de cause et qui rend opposable à tous l'opération, est une mutation de propriété non causée ; une fois qu'il est réalisé, il est impossible au donateur de revenir sur lui, soit dans ses rapports avec le cessionnaire, soit dans ses rapports avec la société émettrice. A l'égard de cette dernière, une révocation supposerait un nouveau transfert en sens inverse du précédent, et ce nouveau transfert ne peut se réaliser que sur l'ordre du titulaire actuel, c'est-à-dire du premier cessionnaire. Et, même dans ses rapports avec ce dernier, le donateur ne pourra revenir sur l'opération : car, en vertu même de l'article 1132, le transfert est présumé avoir une cause, et c'est à lui qu'il appartiendrait d'en établir l'inexistence ou l'illicéité. Et, comme cette irrévocabilité dé fait est ici à la fois plus accentuée et plus apparente que dans la reconnaissance de dette proprement dite, la protection du donateur est réalisée par le fait même : le donateur se rend compte de la gravité de l'ordre de transfert qu'il donne d'une manière moins matérielle, mais peut-être aussi efficace, que s'il faisait tradition.

II. — La seule difficulté qui puisse surgir en pratique est de savoir si ces conditions sont remplies dès qu'a été donné l'ordre de transfert ou seulement lorsque cet ordre a été exécuté. Une comparaison avec le virement bancaire, dont la structure présente quelque analogie avec le transfert, conduirait à la seconde solution : « le virement, dit la Cour de Paris¹, est une opération matérielle consistant dans l'inscription d'une somme au débit d'un compte et le report de la même somme au crédit d'un autre compte ; ...aucun raisonnement ne saurait prévaloir sur la constatation que ce virement n'a pas été effectué » : en l'espèce, il n'y avait même pas eu d'ordre précis de virement, et l'on invoquait un virement purement éventuel ; peut-être en des circonstances différentes la Cour d'appel eût-elle tempéré l'énoncé de ses motifs. En matière de transfert, si l'on s'attache au fait *objectif* du dessaisissement, c'est bien le transfert lui-même qui réalise la donation indirecte : jusque-là, le titulaire peut révoquer son ordre pour l'empêcher ; si, au contraire, on considère le fait *psychologique* de la conscience du dessaisissement, c'est au moment où l'ordre est donné qu'il faut se placer, car cet ordre ne peut plus être révoqué que pendant des délais très réduits, et à l'expiration desquels, sans nouvelle intervention du donneur d'ordre, l'effet définitif sera produit. Suivant par conséquent que l'on insiste sur l'irrévocabilité en soi ou sur la protection de la volonté qui en résulte, on considérera la donation indirecte comme réalisée seulement par le transfert ou au contraire dès la demande de transfert. La question est délicate en droit pur : MM. Demogue et Lepaulle, commentant un arrêt de la Cour suprême d'Ottawa qui ne semble pas l'avoir posée² penchent en faveur du premier terme de l'alternative : « la donation, disent-ils, ne peut avoir de valeur juridique que si le donateur seul ou aidé d'un tiers a fait un acte transmettant la propriété. Si le donateur a fait simplement une demande de transfert d'actions et que de son vivant, même par négligence de la Compagnie, le transfert n'ait pas été réalisé,

(1) Paris, 20 fév. 1935, Banque parisienne privée c. Soc. fermière des casinos de Nice et Ducis, S., 1935, 2, 135.

(2) Rev. trim., 1929, pp. 510-511, n° 9.

il n'y a pas donation »¹ : si, par exemple, le donateur meurt le lendemain de la demande de transfert, l'opération n'est pas valable. Nous ne croyons pas cette thèse exacte : il est nécessaire mais suffisant, pensons-nous, que la demande ait été formée réellement, c'est-à-dire que, après l'avoir signée, le donateur s'en soit dessaisi entre les mains de la société ou même entre les mains du donataire : cette dernière éventualité semblait celle de l'espèce d'Ottawa ; sans doute, le donateur peut annuler cette demande par une manifestation de volonté postérieure, qui sera efficace si elle parvient à destination avant le transfert ; mais normalement le transfert ne tardera pas, et, si le législateur a interdit la révocation des donations, il a eu en vue non pas la période immédiatement postérieure à leur réalisation, où le donateur ne songera pas en général à révoquer, mais la période ultérieure où, après réflexion, il regrettera peut-être son geste. Il paraît désirable que le décès survenu entre l'ordre et la réalisation du transfert n'influe pas sur la validité de l'opération alors que le donateur a fait tout ce qui était en son pouvoir pour assurer celle-ci. Nous verrons d'ailleurs, au chapitre suivant, qu'il est des cas où, par la volonté même du législateur, l'irrévocabilité des donations indirectes reçoit des atteintes plus graves que celle, très légère, qui nous paraît, dans le cas particulier, imposée par la nature des choses et les besoins pratiques².

L'ordre de transfert est donc apte à réaliser une donation indirecte, car il produit des effets définitifs par sa seule exécution matérielle et sans que soit révélée aucune cause. Comme en matière d'endossement, si les parties indiquaient une cause sans y être obligées, l'acte deviendrait alors un acte concret, nul si la cause en était ouvertement gratuite, valable comme donation déguisée si cette cause était faussement présentée comme onéreuse, par exemple si, dans le bordereau de l'agent de change, il est fait allusion à un prix fictif³.

§ 4. La délégation.

On peut s'étonner au premier abord de nous voir traiter à cette place de la délégation comme mode de réaliser une donation indirecte. D'une part, nous avons indiqué que la cession de créance ne pouvait atteindre ce but, et la délégation apparaît comme une variété de cession de créance ; d'autre part, à supposer que l'on n'admette pas ce rapprochement, elle semblerait devoir figurer parmi les actes passés au profit d'autrui, dont nous allons bientôt aborder l'étude en un nouveau chapitre. Mais cette assimilation avec l'une ou l'autre des deux catégories serait inexacte. La cession de créance diffère de la délégation en ce qu'elle n'aggrave pas la situation du débiteur, lequel peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant ; n'aggravant pas sa situation, elle ne nécessite pas son concours, mais doit seulement, lorsqu'il ne l'a pas acceptée dans un acte authentique, lui être signifiée conformément à l'article 1690⁴. Pas davantage la délégation ne saurait être confon-

(1) Art. cité, p. 511.

(2) Comp. la solution admise par la Cour de cassation pour l'attribution du bénéfice d'une police par voie d'avenant lorsque l'assuré est décédé avant d'avoir pu signer l'avenant lui-même : Req. 1^{er} juill. 1941, veuve Gerbe c. veuve Chenou et Comp. « La Paternelle-Vie », S., 1941, 1, 238, D. C., 1943, J., 57, et note A. Besson ; et *infra*, ch. 2, sect. 1, § 2.

(3) JOLIVET, thèse citée, p. 57.

(4) L'art. 1690 ne s'applique pas à la délégation, même imparfaite : voir Paris, 19 mai 1923, S., 1923, 2, 95, et Req. 19 déc. 1923, Chemins de fer du Nord c. Munroë

due avec la stipulation pour autrui¹ : en cas de stipulation pour autrui, il y a une seule convention à laquelle le bénéficiaire n'est point partie mais dont il tire ses droits ; en cas de délégation, la convention met en jeu les trois parties, entre lesquelles existaient déjà normalement deux séries de rapports obligatoires qu'il s'agit de simplifier : la délégation est donc conventionnelle, et trouve sa source dans deux conventions antérieures.

Ces conventions antérieures restent, par la volonté des parties, étrangères à l'accord nouveau : le délégataire, antérieurement créancier du délégant, ne veut pas que ses droits nouveaux dépendent en quelque mesure des rapports qui unissaient délégué et délégant ; il ne veut pas lâcher la proie pour l'ombre ; et, d'autre part, le délégué, qui paiera le délégataire à la place du délégant, ne veut pas que le paiement soit ensuite mis en question à raison des rapports qui unissaient délégataire et délégant et que ce dernier puisse exiger de lui un nouveau paiement. C'est d'ailleurs une règle générale que, lorsque l'obligation d'une personne trouve sa cause dans un contrat auquel elle n'est point partie, elle n'a pas à tenir compte des modalités de ce contrat qui est pour elle un simple fait qui ne lui est pas opposable. La délégation est donc un acte abstrait, une opération juridique abstraite². « Entre le délégataire et le délégué, il ne s'établit que des rapports de créancier à débiteur, tandis que c'est entre le délégué et le délégant qu'il se forme des relations de vendeur à acheteur. L'obligation est complètement séparée de la convention dont elle sort. Il s'ensuit qu'elle est par là même séparée de sa cause. La cause est *extrinsèque*, puisqu'elle doit être cherchée là où se trouve la contre prestation ou l'*animus donandi*, c'est-à-dire en définitive l'opération concrète qui lui a donné naissance³. »

C'est de là encore que naîtra la possibilité de réaliser des donations indirectes : cette opération concrète dont parle M. le doyen Hubert peut non seulement ne pas apparaître dans l'acte, mais encore n'avoir donné lieu à aucun écrit, ayant été aussitôt exécutée par la délégation. Alors, si c'était une opération gratuite, il y aura possibilité de réaliser donation indirecte, soit du délégant au délégataire, soit du délégué au délégant. Donation indirecte du délégant au délégataire : le délégué était débiteur du délégant ; ce dernier, désirant gratifier le délégataire, invite le délégué à lui transférer le bénéfice de l'engagement. Ou bien donation indirecte du délégué au délégant : le délégant étant débiteur du délégataire, le délégué consent à s'engager à sa place alors qu'il ne devait rien au délégant.

La validité de la donation indirecte se justifie ici par les raisons que nous avons déjà exposées : n'a-t-on pas soutenu d'ailleurs que l'endossement n'était qu'une sorte de délégation ? Les parties traduisent leur volonté en la détachant de sa cause, et sans que la gratuité de l'acte résulte d'un écrit ; ce caractère abstrait assure l'irrévocabilité, en même temps que le formalisme atténué qui l'accompagne assure la protection du consentement.

Mais tout en restant dans le domaine des actes abstraits *stricto sensu*, nous approchons déjà d'une autre forme de donations indirectes à laquelle nous devons consacrer notre second chapitre.

et C^{ie}, S., 1924, 1, 111, et les comm. de DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1924, pp. 115-116, n° 29, et 1925, pp. 122-123, n° 135.

(1) Voir FR. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, 1899 ; RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1829.

(2) *Sic* : RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1820 ; HUBERT, thèse citée, n° 101-112 et 111.

(3) HUBERT, thèse citée, n° 111, p. 81.

CHAPITRE II.

L'ATTRIBUTION GRATUITE A AUTRUI DU BÉNÉFICE D'UN ACTE JURIDIQUE

C'est qu'en effet, si les actes qui ont été étudiés au chapitre précédent sont valables lorsqu'ils réalisent une donation indirecte, cela tient à la fois à leur caractère unilatéral et à leur caractère abstrait. Abstraits, ils le sont d'abord dans la pensée du législateur qui, pour des motifs divers, a voulu leur reconnaître une valeur en soi, indépendamment de la cause qui les justifie ; ils le sont également dans la pratique, où ils sont utilisés aux fins les plus diverses et où la charge de prouver leur caractère gratuit sera souvent très lourde. Mais si ce premier caractère explique que la jurisprudence n'ait pas interdit l'emploi de ces formes à titre gratuit, le second a été également invoqué et c'est ainsi que M. Nouveau écrit, à propos de la reconnaissance de dette : « du fait que cet acte est unilatéral, il va servir à voiler des contrats unilatéraux, tels que les donations »¹. Sans doute, il faut se garder de confondre l'*acte* unilatéral, où intervient la volonté d'une seule personne, et le *contrat* unilatéral, auquel, par le fait même qu'il est un contrat, sont parties deux ou plusieurs personnes, mais qui ne produit d'engagement que d'un seul côté², qu'il y ait ou non de l'autre côté une prestation antérieurement exécutée qui justifie cet engagement ; mais, si le contrat unilatéral suppose le concours de plusieurs volontés, il est souvent suffisant, pour en assurer l'exécution, qu'une seule soit constatée.

En dehors du contrat unilatéral, il est également possible qu'une seule volonté intervienne réellement, qu'il y ait à proprement parler engagement unilatéral : sans doute, le principe de la validité de cet engagement est-il discuté, et les auteurs mêmes qui y sont favorables ne l'admettent pas sans discrimination³ : c'est ainsi que, pour Demogue, « la promesse unilatérale doit être obligatoire seulement dans la mesure où la psychologie publique l'exige »⁴ ou à titre d'explication de certaines solutions du droit positif⁵.

A en croire M. Lambert⁶, c'est ce principe que voudrait énoncer l'article 1119 du Code civil : on présente en général ce texte comme prohibant les stipulations pour autrui, mais en réalité et du point de vue historique, l'explication en serait tout autre : il interdirait seulement, à la suite de l'Ordonnance de 1731, les prétendues stipulations pour autrui notariales, où le notaire, assimilé au *servus publicus* du droit romain, se

(1) Thèse précitée, p. 55.

(2) Art. 1103 C. civ.

(3) Voir DEMOGUE, *Oblig.*, t. I^{er}, nos 18-21.

(4) *Op. cit.*, n° 18.

(5) *Op. cit.*, n° 19.

(6) Édouard LAMBERT, *La stipulation pour autrui, De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, thèse, Paris, 1893, Droit français, § 10, pp. 9-10.

contentait de prendre acte dans l'intérêt du bénéficiaire de l'engagement du promettant : c'est en réalité l'engagement unilatéral que prohibe l'article 1119, mais ce texte « ne met nullement obstacle à la reconnaissance d'un droit au profit du bénéficiaire toutes les fois que ce droit naît d'un véritable contrat, passé entre le stipulant et le promettant, toutes les fois qu'il s'est formé entre ces deux personnes un engagement, un lien de droit. Au contraire, si la promesse est faite par le promettant à une personne qui n'intervient que pour enregistrer sa volonté et en prendre acte, il n'en sort pas d'action. C'est qu'il n'y a alors que l'apparence d'un contrat... Les opérations visées par les articles 1119 et 1121 n'ont rien de commun »¹.

Que l'on admette ou non cette explication séduisante, il faut bien constater qu'entre l'engagement unilatéral et abstrait étudié au chapitre précédent et l'engagement au profit d'un tiers contenu dans un véritable contrat entre deux parties, il existe non seulement une transition insensible mais encore une analogie évidente qui justifiera peut-être l'application de règles analogues quant à la possibilité de réaliser une libéralité. Dans la stipulation pour autrui, l'engagement reste unilatéral en ce sens que son bénéficiaire n'intervient normalement que *a posteriori*, et pour accepter le bénéfice ; et il demeure abstrait, puisque le promettant s'engage envers le bénéficiaire pour des motifs qui lui sont étrangers et qui touchent aux rapports du stipulant et du bénéficiaire². Nous aurons donc essentiellement à étudier dans ce chapitre les donations indirectes réalisées au moyen d'une stipulation pour autrui ; mais ce n'est pas là le seul cas d'actes juridiques passés au bénéfice d'autrui et pouvant servir à le gratifier : les autres cas, et principalement l'achat au profit d'autrui, feront l'objet d'une seconde section de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

LES STIPULATIONS POUR AUTRUI

L'article 1121 pose le principe de la validité des stipulations pour autrui lorsqu'elles sont la condition d'un contrat principal, onéreux ou gratuit, passé entre deux parties. Ce texte est présenté par l'article 1165 comme une dérogation au principe général de l'effet relatif des contrats³. Il a été interprété par la jurisprudence d'une manière nettement libérale, soit quant aux conditions de fond de la stipulation pour autrui, soit quant à ses conditions de forme, soit enfin quant à ses effets, de sorte que la possibilité de réaliser par ce procédé des donations indirectes a été de plus en plus largement ouverte.

§ 1^{er}. *Les conditions de validité des stipulations pour autrui.*

I. — A en croire les termes de l'article 1121, la stipulation pour autrui ne serait valable que si elle est la condition soit d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, soit d'une donation que l'on fait à un autre.

(1) *Op. cit.*, § 10, p. 10.

(2) *Comp.* : BRÈTHE, art. cité, n° 16, *Rev. trim.*, 1926, pp. 649-650.

(3) Pour qu'il y ait véritable stipulation pour autrui posant le problème que résout l'article 1121, il faut que les parties aient eu véritablement l'intention de créer un droit en faveur du bénéficiaire, et qu'il n'y ait pas seulement avantage de fait retiré du contrat par ce dernier : voir par exemple Trib. comm. Charleville, 2 fév. 1929, *L'Union c. Defoin, D. H.*, 1930, *Somm.*, p. 18.

La seconde hypothèse ne présente qu'un intérêt juridique assez limité et ne laisse à l'interprète que peu de liberté ; d'ailleurs, la donation principale a dû, en vertu de l'article 931, revêtir les formes notariées ; la stipulation pour autrui qui y est adjointe a bénéficié par ricochet de leur garantie, ce qui explique sa validité même si elle a été consentie à titre gratuit¹.

Plus délicat est le cas où la stipulation pour autrui s'insère dans un contrat commutatif : si l'on interprétait littéralement le texte, on devrait exiger que le contrat contienne, en même temps qu'une stipulation pour autrui, une stipulation pour le contractant lui-même² ; c'est d'ailleurs le point de vue auquel conduirait la théorie de l'accessoire, la stipulation pour autrui ne valant que comme accessoire d'une stipulation pour soi-même ; mais ce n'est pas celui de la jurisprudence : selon cette dernière il suffit qu'il existe un véritable contrat auquel le stipulant soit partie, il n'est pas nécessaire qu'il y soit personnellement créancier. Sans doute l'interprète n'est-il pas obligé de s'incliner devant toutes les décisions de la jurisprudence et a-t-il le devoir de la critiquer lorsqu'il l'estime nécessaire ; du moins, l'existence d'une jurisprudence constante et déjà ancienne, qui semble bien avoir été consacrée implicitement par la loi du 13 juillet 1930, constitue la preuve d'une véritable nécessité pratique dont le juriste doit tenir compte. Aussi ne trouve-t-on guère en doctrine de critiques contre les solutions prétoriennes, mais les explications que l'on s'efforce d'en donner sont en général peu convaincantes.

La plus courante utilise le raisonnement suivant : dans les deux cas énumérés par l'article 1121, si la stipulation pour autrui est valable, c'est parce que le stipulant a un intérêt à son exécution ; or, on ne doit pas interpréter limitativement l'énumération légale, et on devra tenir la stipulation pour valable toutes les fois que le stipulant aura un intérêt quelconque, même simplement moral, à son exécution³. Cette thèse pèche, croyons-nous, par manque de précision : pour les uns, l'intérêt exigé chez le stipulant est entendu au sens normal de ce terme, mais alors il est des hypothèses où l'on ne peut pas dire qu'il ait un intérêt quelconque, même purement moral, à l'application d'une stipulation dont les termes très généraux ne lui ont pas permis de mesurer toute la portée pratique ; pour maintenir l'explication, on est obligé de dire que l'existence même de la stipulation fait présumer l'intérêt qu'y avait le stipulant, ce qui revient à supprimer l'exigence distincte d'un intérêt⁴. Aussi, d'autres auteurs n'entendent pas

(1) Mais il faut qu'il s'agisse de prestations accessoires mises à la charge du donataire principal, et non pas de la désignation « d'un tiers appelé à recueillir la libéralité à l'exclusion du donataire, si celui-ci cesse d'exécuter les clauses de son contrat » : dans ce dernier cas, il n'y a plus stipulation pour autrui, mais donation ordinaire, qui doit être acceptée par le bénéficiaire subsidiaire du vivant du donateur : Civ. c. 1^{er} mai 1894, de Saint-Exupéry c. ville de Périgueux et évêque de Périgueux, S., 1895, I, 31 ; Civ. r. c. 10 déc. 1894, Soye c. ville et bureau de bienfaisance d'Auch, et ville et bureau de bienfaisance d'Auch c. consorts d'Aignan et Soye, S., 1898, I, 436, 1^{re} espèce.

(2) Voir RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 634.

(3) Cf. JOSSERAND, *Cours*, t. II, n° 284-3°, p. 162 ; PICARD et BESSON, t. IV, n° 173, pp. 407-408, et les références indiquées p. 408, note 1. Dans le doute, on présumera cependant que la stipulation pour autrui ne profitera qu'aux tiers pour lesquels le contractant avait intérêt à stipuler : voir Civ. r. 4 déc. 1945, Chaize, S., 1946, Chron. bimensuelle, n° 2, p. 8 : dans l'assurance de responsabilité automobile, quand aucune clause claire et précise n'oblige l'assureur à garantir la responsabilité personnelle du conducteur de la voiture, la garantie doit être limitée à la responsabilité dont l'assuré pourrait être civilement responsable.

(4) Comp. les solutions du droit civil anglais, où l'intérêt paraît plus strictement entendu : « on ne peut s'assurer sur la vie d'une personne qu'autant qu'on a intérêt à la prolongation de cette vie, or le mari n'a plus en général d'intérêt matériel sur la vie de

ainsi l'intérêt exigé du stipulant : ce n'est plus l'intérêt, matériel ou moral, à voir le bénéficiaire jouir de l'avantage prévu au contrat, c'est l'intérêt juridique, ou plus exactement la possibilité juridique, assurée par l'existence d'un moyen pratique de sanction, d'exiger du promettant l'accomplissement de ses obligations envers le bénéficiaire ; de sorte que Colin et Capitant peuvent noter¹ que la faculté de révocation mentionnée à la fin de l'article 1121 et dont l'exercice bénéficie au stipulant « suffirait au besoin pour constituer l'intérêt personnel au stipulant dont [ce texte] fait une condition suffisante de la validité des stipulations pour autrui », tandis que MM. Ripert et Boulanger observent qu'en tout cas il suffira, pour la même fin, de prévoir une clause pénale². Ces affirmations en arrivent à constater, au fond, que la stipulation pour autrui sera valable toutes les fois qu'elle sera contenue dans un contrat. C'est précisément le point de vue que soutenait M. Édouard Lambert : l'insertion dans un contrat constitue la preuve que l'engagement revêt un caractère sérieux, qu'il n'est pas une simple parole en l'air : elle suffit à rendre valable la disposition en faveur d'autrui qui en est l'objet.

II. — S'il est permis de poser ce principe général, peut-on l'appliquer sans discrimination, notamment au cas où la stipulation a lieu à titre gratuit ? Autrement dit, l'article 1121 déroge-t-il à l'article 931 ? La question, nous le rappelons, ne se pose guère que si la stipulation est adjointe à un contrat synallagmatique et non à une donation³. Il ne paraît pas douteux que les textes, soit implicitement, soit expressément, postulent une réponse affirmative à cette question, et c'est même, nous l'avons vu, l'une des rares matières où les théories exégétiques nous avaient paru contenir une explication valable.

D'une part, l'article 1121, en affirmant de manière générale l'efficacité de la stipulation pour autrui, sans faire de réserve pour le cas, possible pourtant et même fréquent, où, adjointe à un acte sous seings privés, elle réaliserait elle-même une donation, a implicitement mais nettement admis sa validité à titre gratuit.

D'autre part, et surtout, divers textes visent expressément des hypothèses remplissant cette double condition et reconnaissent la validité de la donation réalisée sous seings privés par ce procédé : ainsi l'article 1973 du Code civil ou l'article 63 de la loi du 13 juillet 1930⁴.

Mais, si les textes suffisent peut-être à rendre certaine aux yeux de l'interprète la validité des donations indirectes, il n'est pas inutile de rattacher cette solution à un principe général, qui est celui-là même que nous avons essayé de dégager au chapitre précédent. A première vue, l'assimilation est très nette ; la stipulation constitue bien un acte abstrait, un acte neutre, car aucun document écrit ne vient indiquer la cause sur laquelle

sa femme, dont aujourd'hui tous les biens constituent des propres » : c'est seulement si, par suite de circonstances exceptionnelles, cet intérêt existe, qu'on lui permet de s'assurer sur la vie de sa femme (LEHR et DUMAS, *Éléments de droit civil anglais*, 1906, t. I, n° 155). Mais il est permis de s'assurer sur sa propre vie, car « toute personne est réputée avoir à la prolongation de sa propre existence un intérêt suffisant pour pouvoir contracter elle-même une assurance payable à son décès » (LEHR et DUMAS, *op. cit.*, t. II, n° 855, pp. 233-234).

(1) Tome II, n° 204.

(2) T. II, n° 638.

(3) Toutefois, même dans cette hypothèse, pourra se poser la question de l'exigence d'une acceptation expresse ; elle sera résolue d'après les principes qui vont être énoncés ou le seront à la 3^e partie.

(4) Cf. *supra*, 2^e partie, titre 1^{er}, ch. 1^{er}, sect. 3.

elle se fonde : cette cause est étrangère au contrat qui lie le promettant et le stipulant, l'obligation du promettant envers le tiers est fondée sur des rapports antérieurs auxquels le promettant est étranger, qui ne lui sont pas révélés par le contrat et qu'il n'a pas à connaître ; cette obligation, par laquelle se réalise la donation, est abstraite. Mais en vérité, peut-on déduire de ce caractère la double conséquence que, au chapitre précédent et à propos d'autres opérations, il nous paraissait impliquer ? cela est infiniment plus douteux : d'une part, ce caractère abstrait nous paraissait assurer l'irrévocabilité de l'opération, or ici, et en vertu du texte même de l'article 1121, *in fine*, la révocabilité est, au moins pendant une certaine période, de l'essence de la stipulation pour autrui ; d'autre part, la conscience de cette irrévocabilité nous paraissait contribuer, en même temps que les conditions de forme des actes étudiés, à assurer la protection de la volonté du donateur : or ici, non seulement l'irrévocabilité paraît s'effacer, mais encore les formes elles-mêmes s'estompent singulièrement. C'est ce que nous verrons en étudiant, dans les paragraphes 2 et 3 de cette section, les conditions de forme et les effets de la donation indirecte par stipulation pour autrui.

III. — Une précision préliminaire est toutefois nécessaire, qui fixera les limites de nos recherches : il faut en effet nettement distinguer la donation indirecte de la donation déguisée qui prend ici la forme de l'interposition de personnes. Dans la véritable stipulation pour autrui, le promettant joue dans l'opération un rôle réel, qu'il soit vraiment gratifié (si la stipulation est adjointe à une donation), ou qu'il assure la transformation de la prestation par lui reçue du stipulant en une autre prestation qu'il verse, totalement ou partiellement, au bénéficiaire. En d'autres termes, il y a un véritable contrat, correspondant à un but sérieusement poursuivi par les parties, entre le stipulant et le promettant. Au contraire, dans l'interposition de personnes, le prétendu stipulant a traité réellement avec le donataire définitif, et le contrat entre stipulant et promettant n'est qu'un masque destiné à couvrir l'opération réelle. Cette dissimulation ne sera efficace qu'à condition d'être totale, aussi est-ce le plus souvent pour le tout que le promettant apparent devra faire passer au bénéficiaire la prestation reçue, et parfois sans lui faire subir aucune transformation¹.

Reconnaissons cependant que rarement cette question de la distinction de la donation indirecte et de la donation par personne interposée se présentera à l'état pur : souvent le recours à l'interposition de personne aura été motivé non seulement par le désir de dissimuler aux yeux des tiers, et notamment des héritiers, la libéralité, mais encore par celui de se ménager jusqu'au décès une faculté de révocation qui fera de l'opération un legs déguisé, et qui en tout cas la frappera de nullité comme donation entre vifs faute de dessaisissement². C'est donc surtout pour les legs que pourra se poser la question de la distinction de la libéralité avec charge et de la libéralité par personne interposée : elle y sera régie par des principes dont l'analogie ne peut être invoquée ici, car, si les formalités du testament sont plus simples que celles édictées par la loi pour les donations entre vifs, en revanche la jurisprudence leur attache une importance beau-

(1) Voir sur ces questions : J. ROUSSEAU, thèse, Paris, 1936 ; *Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées*, J. C. P., 1939, I, 97.

(2) Voir un exemple dans : Trib. civ. Seine, 7 juillet 1931, *Liébschutz c. Trésoret*, D. H., 1931, 452, et les commentaires de MM. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1932, pp. 504-506, et TRASBOT, *Rev. crit.*, 1933, pp. 29-31, § II, n° 4, III.

coup plus grande¹, et ce dans un double sens : d'une part le legs se définit par sa forme et l'on vérifie de manière beaucoup moins approfondie s'il correspond à un transfert de valeurs effectif et sans contre-partie, d'autre part les dispositions de dernière volonté non coulées dans le moule légal sont frappées d'une nullité dont la jurisprudence assure strictement le respect.

§ 2. La forme des stipulations pour autrui.

Si l'on adoptait la thèse qui valide la stipulation pour autrui, en dépit de l'article 1165, parce que le stipulant puise dans le contrat même un intérêt juridique et un moyen de sanction, on devrait reconnaître que cette stipulation est d'ordre contractuel et que, en conséquence, elle doit, pour être valable, soit être intégrée dans le contrat même entre stipulant et promettant dont elle constitue l'un des éléments, soit à tout le moins revêtir la forme d'une modification de ce contrat et présenter à ce titre un caractère contractuel.

C'est bien à cette solution que paraissent se rattacher, au début du xx^e siècle, et les décisions de la Cour de cassation, et les opinions des auteurs : c'est ainsi que, le 17 juillet 1906, la Chambre des requêtes affirme la nécessité d'un avenant rédigé avant le décès de l'assuré pour modifier valablement l'attribution du bénéfice de l'assurance sur la vie : si l'assuré est décédé le lendemain du jour où il a écrit à la Compagnie pour demander la rédaction de cet avenant et si celui-ci n'a pas encore été passé, le contrat doit s'exécuter dans sa teneur primitive² ; sans doute, dès cette époque, les auteurs n'attachaient pas à l'avenant une importance substantielle, et l'arrêtiste anonyme du *Recueil Sirey* reconnaissait qu'en réalité, « l'assureur intervient plus qu'il ne donne son consentement », de sorte que, à l'en croire, si la Cour de cassation exige l'intervention de l'assureur, ce n'est pas parce qu'il y a modification au contrat mais parce que la volonté de l'assuré a été de subordonner la nouvelle attribution à la rédaction d'un avenant. Cette interprétation de la pensée de la Cour suprême est peut-être quelque peu forcée ; en tout cas, la Cour réserve la possibilité de modifier l'attribution par la voie testamentaire, et on admettait sans discussion la possibilité de procéder aussi par endossement de la police ou par cession civile de créance³. Mais ces divers modes sortent du cadre propre de la stipulation pour autrui. Parmi eux d'ailleurs, l'endossement seul peut, en dehors de l'avenant, servir à réaliser une donation indirecte entre vifs, à laquelle s'appliquent en général les observations faites au chapitre précédent.

La Cour de cassation s'est d'ailleurs, en 1941, relâchée de sa rigueur : elle a admis que l'écrit était exigé, non pour la validité de l'avenant, mais seulement pour sa preuve ; dès lors, si l'ordre a été donné par l'assuré à la Compagnie de rédiger l'avenant et si sa signature n'a été empêchée que par sa mort inopinée, ce cas de force majeure peut dispenser les juges d'exiger la preuve écrite résultant de la rédaction d'un avenant régulier⁴.

(1) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, *in limine*.

(2) Req. 17 juill. 1906, Revardaud ès-qual. c. Lachambre, S., 1909, 1, 28, D. P., 1907, 1, 121, note critique DUPUICH, et les commentaires de MM. E.-H. PERREAU (*Rev. crit.*, 1907, pp. 583-586) et DEMOGUE (*Rev. trim.*, 1907, p. 412).

(3) Voir Eustache PILON, *Rev. trim.*, 1903, pp. 186 sq. ; 1908, pp. 133-135.

(4) Req. 1^{er} juillet 1941, veuve Gerbe c. veuve Chenou et Comp. « La Paternelle-Vie », S., 1941, 1, 238, D. C., 1943, J., 57 et note A. BESSON. — Comp. la solution que nous avons admise en ce qui concerne le transfert de titres nominatifs : *supra*, ch. 1^{er}, sect. 2, § 3, II.

Sans doute s'agissait-il d'un avenant de garantie consenti au profit d'un créancier ; sans doute aussi, l'arrêt est-il rédigé en des termes très prudents qui pourraient à certains égards conduire à y voir un arrêt d'espèce, mais il constitue, pensons-nous, le pas décisif pour détacher la stipulation pour autrui, au moins quant à sa constatation, du contrat auquel elle est adjointe : pour que la stipulation soit valable, il reste bien nécessaire qu'il existe un contrat sérieux entre le promettant et le stipulant, mais il ne l'est plus qu'elle soit constatée dans l'acte même par lequel est réalisé ce contrat ou dans un acte modificatif, il suffit qu'elle soit notifiée au promettant dans une forme quelconque pourvu qu'elle soit régulièrement prouvée.

Ainsi, tandis que, en matière de reconnaissance de dette, nous avons vu les règles de preuve transformées en règles de forme lorsque l'opération est à titre gratuit et sanctionnées comme telles, ici la Cour de cassation affirme en propres termes qu'il s'agit de règles de preuve : eût-elle donné une autre solution si elle eût été en présence d'un avenant d'attribution au lieu d'un avenant de garantie ? Il ne le semble pas : d'une part, la Cour de cassation paraît considérer de manière générale que l'attribution du bénéfice d'une assurance sur la vie revêt une nature propre qui la soustrait aux règles habituelles des libéralités, au moins quant à la forme ; d'autre part, en matière de stipulation pour autrui, — dont l'assurance sur la vie au profit d'autrui n'est qu'une variété, — elle a admis la validité d'un billet qui se présentait extérieurement comme un engagement purement unilatéral d'un père envers sa fille en déclarant que cet engagement n'était que l'exécution d'une stipulation faite par le grand-père au profit de sa petite-fille en contre-partie du renouvellement de bail qu'il allait consentir à son fils, et, dit-elle, l'arrêt de la Cour d'appel a pu déduire l'existence de cet arrangement « des dires des parties et de leurs conclusions » ainsi que de l'acte sous seings privés qui en a été l'exécution¹. De même, dans un arrêt contemporain du précédent, la Chambre des requêtes a vu une constitution de rente viagère à titre gratuit au profit d'un tiers, dispensée de forme par l'article 1973, dans la délibération d'une association qui constituait la rente en application d'une disposition faite par le fondateur, disposition dont la seule preuve résultait d'une délibération de cette association alors que les dons en compensation desquels était exigée cette stipulation lui étaient soit antérieurs soit postérieurs, mais non concomitants² : par conséquent, si, au fond, l'acte pouvait constituer une stipulation pour autrui, en la forme il se présentait comme un engagement unilatéral³. Reconnaître sa validité, c'est donc bien admettre que la stipulation pour autrui réalisée à titre gratuit est valable même si elle n'est pas constatée dans le même *instrumentum* que l'acte principal ; c'est dire, en d'autres termes, que le rattachement de la donation indirecte à un acte principal valable est conçue par nos tribunaux comme une règle de fond et de preuve, non comme une règle de forme.

Cette conception est-elle justifiée ? Lorsque la stipulation n'est pas réalisée à titre gratuit, nous le croyons : si la stipulation pour autrui n'est

(1) Req. 12 fév. 1935, Joseph Imbert c. époux Sié-Imbert, S., 1935, 1, 132, sur pourvoi contre : Montpellier, 22 déc. 1932, S., 1934, 2, 25 et note GÉNY ; voir aussi le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1933, pp. 158-159.

(2) Req. 19 fév. 1935, Institut Coué c. demoiselle Villeneuve, S., 1935, 1, 151, D. H., 1935, 178 : le fondateur assistait-il même à la délibération ? cela semble résulter des termes de l'arrêt reproduits dans les recueils, mais ne nous paraît pas certain.

(3) Ou même, dans l'affaire Sié-Imbert, comme un contrat entre le père et la fille : cf. *infra*.

valable que lorsqu'elle se rattache à un contrat, c'est parce que ce rattachement constitue la preuve de son caractère sérieux ; or ce sérieux existe au même degré lorsque l'ordre de réaliser la prestation envers le tiers est donné isolément au co-contractant. Mais si la stipulation est réalisée à titre gratuit, le rattachement à un contrat joue encore un autre rôle : rôle de protection de la volonté, qui va se trouver liée, définitivement peut-être¹, par cette stipulation, et qui doit en percevoir nettement la portée : à ce point de vue, le rattachement, non seulement intellectuel, mais matériel, à un contrat, l'inclusion formelle dans un accord de volontés sera d'autant plus utile que le promettant, l'assureur, sera là pour expliquer à son assuré les effets de sa stipulation. Aussi pensons-nous que l'insertion de la stipulation pour autrui dans le contrat lui-même ou un contrat modificatif (*instrumentum*), qui n'est en général qu'une faculté ouverte aux parties et n'a pour effet que de leur faciliter la preuve du lien entre les deux opérations, devient ici une forme substantielle, et cela même dans les rapports entre stipulant et bénéficiaire, sous réserve, bien entendu, de la possibilité de recourir à d'autres modes formalistes et abstraits d'attribuer le bénéfice du contrat (par exemple, endossement).

Un auteur éminent a, certes, prétendu démontrer la « relativité de la notion de désignation »² à propos de l'assurance sur la vie : cette désignation présenterait un caractère formaliste à l'égard de l'assureur et ne pourrait se réaliser que dans les formes énumérées limitativement par l'article 63 de la loi de 1930, tandis que, dans les rapports du souscripteur et du bénéficiaire, elle pourrait se faire par tous moyens et même être tacite. Cette distinction ne nous paraît conforme ni à la jurisprudence, ni à la vérité juridique, du moins en cas de donation. Sans doute, l'arrêt du 19 janvier 1932³, qui admet l'emploi d'un mode de désignation quelconque, même tacite et prouvé par de simples présomptions, est-il rendu entre le stipulant et la veuve du bénéficiaire, mais l'arrêt *Gerbe* du 1^{er} juillet 1941⁴, affirmant que l'avenant n'est exigé que pour la preuve de l'attribution, était rendu dans une instance à laquelle la Compagnie était partie. D'ailleurs, si une désignation inconnue de l'assureur ne peut lui être opposable, — ce qui est évident, — on comprendrait difficilement qu'elle pût constituer une donation indirecte valable au profit du bénéficiaire : en pareil cas, la désignation risque d'être frappée d'inefficacité par l'ignorance de l'assureur en même temps que le mode par lequel elle s'est traduite risque de ne pas garantir suffisamment la protection de la volonté de l'assuré.

Nous pensons donc que, pour être efficace à titre de donation indirecte, la stipulation pour autrui doit être soit intégrée dans le contrat ou dans un acte modificatif du contrat⁵, soit réalisée par l'un des modes énumérés

(1) Si elle est suivie d'acceptation.

(2) A. TRASBOT, note au *D. P.*, 1933, 1, 41, sous Req. 19 janv. 1932, C^{ie} Charbonnière de la Seine c. dame veuve Cohet (le même arrêt est reproduit au *S.*, 1932, 1, 329, avec une note de M. P. GUYOT). Voir aussi le commentaire de DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 438, n° 31.

(3) Cité à la note précédente.

(4) Précité : *S.*, 1941, 1, 238, *D. C.*, 1943, J., 57 et note A. BESSON.

(5) La question peut se poser de savoir dans quelles conditions ce contrat sera soumis aux règles des articles 1325 et 1326 du Code civil : comme tout contrat, il devra être rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, mais on ne peut exiger que le bénéficiaire reçoive un exemplaire : il peut, en effet, y avoir des bénéficiaires multiples, ou même indéterminés, pour lesquels cette exigence serait irréalisable ; en tout cas, le bénéficiaire n'est pas partie à l'acte, et le stipulant peut vouloir garder la convention secrète pour conserver la possibilité de révoquer librement : voir DEMOGUE, *Oblig.*, t. VII, n° 843 bis. Mais lorsque l'attribution du bénéfice est constatée séparément du contrat principal, et en la forme d'un engagement sous seings privés,

limitativement par l'article 63 de la loi de 1930, sauf à admettre, dans les termes restrictifs où l'a fait la Cour de cassation, la validité d'une désignation unilatérale lorsqu'un cas de force majeure s'est opposé à la rédaction de l'avenant. L'admission de modes non contractuels d'opérer la désignation, tels que l'endossement d'une police à ordre, nous confirme que, si la stipulation pour autrui peut être valable comme donation, c'est à raison de son caractère abstrait. Et ce caractère abstrait découle de ce qu'elle est, au fond, l'attribution à un tiers du bénéfice d'un acte juridique : peu importe même que cette attribution ait été le but essentiel ou du moins l'un des buts principaux de cet acte lui-même, comme c'est le cas dans l'assurance en cas de décès et dans de nombreuses hypothèses d'assurance-vie mixte. La stipulation pour autrui et les modes admis pour la réaliser deviennent de simples moyens techniques d'attribuer à autrui le bénéfice d'un acte juridique¹. C'est à ce titre que la stipulation pour autrui est valable, et non pas comme accessoire d'un contrat principal : c'est dire que tout autre acte par lequel se réalisera abstraitement l'attribution à autrui du bénéfice d'une opération juridique pourra réaliser une donation indirecte valable, si du moins il remplit par ailleurs les conditions qui nous ont paru nécessaires pour assurer la protection du consentement : nous en verrons des applications dans la seconde section de ce chapitre.

Une objection propre à la stipulation pour autrui peut toutefois être présentée contre son utilisation comme mode de donation indirecte : le droit du tiers bénéficiaire présente-t-il un caractère suffisamment sérieux et définitif pour qu'il soit considéré comme réalisant une donation valable ? c'est ce que nous allons rechercher dans un troisième et dernier paragraphe de cette section.

§ 3. La nature du droit du tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

Si le bénéficiaire doit être désigné par l'un des modes qui viennent d'être indiqués, il n'est, par contre, pas indispensable qu'il soit désigné nominativement, il suffit « qu'il s'agisse d'un tiers dont il soit possible de déterminer l'individualité au jour où la condition doit recevoir effet »². Et

on doit, semble-t-il, le soumettre à l'article 1326 et à la formalité du « bon pour », comme y serait soumise une obligation unilatérale au profit du co-contractant. Voir toutefois une opinion différente de M. le doyen GÉNY, au S., 1934, 2, 25, note sous Montpellier, 22 déc. 1932, Sié-Imbert c. Imbert, précité.

(1) Comp. l'utilisation par la jurisprudence d'une stipulation pour autrui tacite dans le contrat de transport pour justifier le droit à indemnité de la veuve et des enfants du voyageur tué : Civ. r. 6 déc. 1932, Ch. de fer de Paris à Orléans c. veuve Noblet, et Civ. r. 24 mai 1933, demoiselle Falduti c. Ch. de fer P.-L.-M., D. P., 1933, 1, 137, et note JOSSERAND. C'est aussi par l'idée de stipulation pour autrui que le Tribunal de la Seine prétend justifier l'action en responsabilité exercée par le locataire, en cas de vol commis dans son appartement, non seulement contre le concierge, mais encore contre le propriétaire lui-même, dont le concierge était le préposé : Trib. civ. Seine, 4 mars 1944, Zizianoff c. époux Fradin et Cagninacci, J. C. P., 1946, II, 2943, 3^e espèce, décision justement critiquée par M. Jean ROUSSEAU (*La responsabilité du bailleur d'immeuble du fait de son concierge en cas de vol commis au préjudice de ses locataires*, J. C. P., 1946, I, 497, § 1, A). — Comp. aussi, sur l'utilisation des actes juridiques à titre de moyens techniques pour réaliser des fins qui ne rentrent pas dans leur nature propre : R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. IV, §§ 66-68, pp. 235-301, not. § 68, pp. 272-292 : ainsi, à Rome, utilisait-on le mécanisme de la *mancipatio* pour réaliser un testament valable en dehors des comices. Ihering appelle ces actes « actes apparents ».

(2) Civ. c. 28 déc. 1927, Crédit foncier d'Algérie et de Tunisie c. Comp. d'assurances « Le Monde » et autres, D. H., 1928, 135. — Voir aussi DEMOGUE, *Oblig.*, t. VII, n° 835, et les références indiquées p. 207, note 4.

pour le cas d'assurance sur la vie, l'article 63, alinéa 2, de la loi de 1930 confirme la solution, en recourant, bien inutilement d'ailleurs, au détour d'une fiction : « Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés, la stipulation par laquelle le contractant attribue le bénéfice de l'assurance, soit à sa femme sans indication de nom, soit à ses enfants et descendants, nés ou à naître, soit à ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire d'inscrire leurs noms dans la police ou dans tout autre acte ultérieur contenant attribution du capital assuré. » S'il surgit des difficultés d'interprétation des termes de la police quant au nombre et à la détermination de ses bénéficiaires, elles seront résolues par les tribunaux d'après l'intention des parties contractantes, et sans que s'impose une formule sacramentelle¹.

Le bénéficiaire ainsi désigné puise dans la stipulation faite à son profit un droit direct : le droit qui lui est conféré produit effet du jour du contrat originaire, mais il reste lié à ce contrat et ne peut avoir plus de force que lui.

I. — Ce droit, tout d'abord, remonte quant à ses effets au jour même du contrat, car il est censé, né directement du contrat au profit du tiers bénéficiaire sans passer par le patrimoine du stipulant, transmis directement du promettant au bénéficiaire. Ceci paraît normal, ou du moins admissible, lorsque la stipulation était contenue dans le contrat originaire ; alors, si le droit était soumis à une caducité possible par révocation émanée du stipulant, du moins les éléments en étaient-ils précisés dès ce moment ; lorsque, au contraire, la désignation est faite postérieurement au contrat principal, soit pour combler une lacune de ce contrat, soit pour modifier une désignation antérieure, au moyen d'un avenant ou d'un endossement de la police ou par l'un des autres modes énumérés par l'article 63, il paraît artificiel de parler d'un droit direct du bénéficiaire, remontant à l'origine du contrat, alors que ce n'est que postérieurement que le nom même du bénéficiaire a été introduit dans l'opération. Cet artifice avait reçu en jurisprudence, après quelques hésitations, un champ très général, quel que fût le mode de désignation employé, quel que fût le libelle de la police originaire, souscrite au profit d'un tiers déterminé ou bien au profit de l'assuré ou de ses héritiers². Cela s'expliquait par le désir de nos tribunaux de soustraire cet acte à but familial que constitue l'assurance sur la vie, aux actions des créanciers et des héritiers du stipulant. Quoi que l'on pense de cette solution, elle est aujourd'hui consacrée en la matière par l'article 67 de la loi de 1930 : « Les sommes stipulées payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré. »

II. — Ce droit direct du bénéficiaire existe même, et surtout, lorsque la stipulation est consentie à titre gratuit ; cela ne va-t-il pas en ce cas donner une force accrue à une objection tirée de l'article 906 du Code civil ? Ce texte édicte l'incapacité des non-conçus de recevoir entre vifs :

(1) Comp. : Req. 15 mai 1934, consorts Saint-Cloud c. Comp. « La Protection », D. P., 1934, 1, 141, S., 1934, 1, 316. — Req. 19 janv. 1932, précité.

(2) Voir par ex. : Civ. c. 19 nov. 1907, S. 1907, 1, 481 et note LYON-CAEN, D. P., 1908, 1, 129 et note DUPUCH, et les commentaires de cet arrêt par DEMOGUE (*Rev. trim.*, 1908, p. 106, n° 9, et pp. 356-357, n° 10) et EUST. PILON (*Rev. trim.*, 1908, pp. 134-135, n° 2). — Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 3, II.

or, si l'assurance sur la vie est contractée au profit des enfants à naître ou si son bénéfice est ensuite attribué, par avenant ou autrement, à une personne qui n'existait pas lors du contrat primitif, l'opération ne va-t-elle pas tomber sous le coup de la loi ?

A la vérité, si le bénéficiaire existait lors de l'attribution, la fiction de rétroactivité du droit, admise dans le but de favoriser l'opération, ne peut être employée pour la frapper de nullité.

Reste le cas où originairement l'assurance est souscrite au profit des enfants à naître : il pourrait suffire, pour en établir la validité, de constater que l'opération est prévue par l'article 63, alinéa 2. Mais il est toujours préférable de rechercher le motif d'une solution légale, d'autant plus que, dès avant 1930, malgré une jurisprudence très réticente¹, on tendait à admettre la validité des stipulations pour autrui au profit de personnes qui, au moment de la stipulation, étaient incertaines ou futures². C'est qu'en effet, l'article 906 n'édicte pas à proprement parler une incapacité, il constate seulement que, selon la formule de M. Voirin³, « la transmission se heurte à un obstacle de fait » : la loi n'admet pas de vacance dans la propriété ; or c'est à ce résultat qu'aboutirait une libéralité au profit d'une personne non conçue, et c'est pourquoi une telle libéralité est prohibée par l'article 906. Le motif de la règle en fixe le domaine : les donations directes au profit d'un non-conçu ou d'une personne incertaine produiraient une vacance dans la propriété, mais il en est autrement des charges imposées à une donation principale et des donations indirectes réalisées par l'intermédiaire d'un tiers : en pareil cas, il n'y a pas de vacance dans la propriété puisque celle-ci, en attendant sa transmission au bénéficiaire de la charge ou de la stipulation pour autrui, repose sur la tête du donataire principal ou du promettant : le droit direct rétroactif est seulement un droit au bénéfice du contrat, non un droit de propriété qui serait réputé exister *ab origine*. Aussi les charges incluses dans une donation et les stipulations pour autrui insérées dans un contrat quelconque ne tombent pas sous le coup de l'article 906, et cela même dans le cas expressément prévu par l'article 67 où l'acceptation du tiers n'est intervenue qu'après la mort du stipulant : en pareil cas, un délai est imposé pour l'acceptation⁴, et la vacance de la propriété ne sera pas plus préjudiciable que celle qui peut résulter, en matière de succession, des délais accordés aux héritiers pour faire inventaire et délibérer. Elle le sera même moins, car ici, le droit est en réalité, non pas un droit de propriété, mais un droit de créance. Or, pour le débiteur sans créancier, « l'inconvénient n'est pas le même que celui d'une propriété sans propriétaire et qui dépérit. Le débiteur sans créancier n'a qu'à attendre »⁵.

III. — Mais, si le bénéficiaire de la stipulation pour autrui possède un droit direct, ce droit est né du contrat, et il est soumis aux mêmes éventualités que le contrat⁶ ; c'est le contrat qui en fixe la mesure, et la nullité du contrat, invocable par le promettant, le libère à l'égard du bénéficiaire ; il pourra même exercer contre ce dernier la répétition de l'indu

(1) Cf. RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 647.

(2) Voir Civ. c. 28 déc. 1927, précité, *D. H.*, 1928, 135 ; DEMOGUE, *Oblig.*, t. VII, n°s 835 sq., et les références indiquées par cet auteur, p. 207, note 4, et p. 210, note 1.

(3) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, n° 113, p. 143.

(4) Loi du 13 juillet 1930, art. 64.

(5) DEMOGUE, *Oblig.*, t. VII, n° 841, p. 213.

(6) Par là, ce droit direct diffère de l'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur du responsable, laquelle dérive de la loi et non pas du contrat d'assurance : voir BESSON, *D. H.*, 1936, *Chr.*, p. 74.

si, après paiement, le contrat vient ensuite à être annulé¹ : cette règle ne contredit qu'en apparence celle qui concerne la délégation : en cas de délégation, le délégataire est partie à l'acte, il a reçu l'engagement du délégué, et l'un des éléments de cet acte est le maintien hors du champ du contrat des rapports personnels entre délégant et délégué ; au contraire, stipulant et promettant sont les seules parties, et leurs rapports personnels sont intégrés dans le contrat d'où sont seuls exclus les rapports entre stipulant et bénéficiaire. Cette dépendance joue tout au moins vis-à-vis des éléments originaires du contrat ; si, par la suite, celui-ci est frappé de caducité à raison de la qualité de l'une des parties, le droit du tiers subsistera si lui-même ne remplit pas les conditions qui ont été déterminantes de la caducité : ainsi la législation qui interdisait l'exécution en temps de guerre des contrats passés avec des sujets ennemis ne dispensait pas la compagnie française d'assurances de remplir ses obligations envers les ouvriers français pour lesquels avait stipulé le patron allemand en souscrivant une assurance contre les accidents du travail².

Le droit direct acquis au tiers bénéficiaire n'est pas définitif. Il résulte implicitement de l'article 1121, et par un argument *a contrario* singulièrement probant, que la stipulation pour autrui peut être révoquée jusqu'au moment où le tiers bénéficiaire « a déclaré vouloir en profiter ». Cette possibilité de révocation est expressément confirmée, en matière d'assurance sur la vie, par l'article 64, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1930. Comme le fait remarquer Demogue³, ce « droit de révocation est une exception au droit commun, car normalement celui qui acquiert un droit l'a immédiatement de façon irrévocable ».

La justification donnée de cette révocabilité varie selon les auteurs : pour les uns, « la volonté des parties a pu, en créant le droit, lui donner tels caractères qu'il leur a plu. Elles ont donc pu créer ce droit à l'état révocable. C'est en somme une justification tirée de l'autonomie de la volonté des contractants »⁴. On a fait valoir également que la liberté qui est laissée au tiers d'accepter ou non le bénéfice de la stipulation impliquait corrélativement la liberté du stipulant de révoquer cette attribution. Mais, d'une part, ce désir d'équilibre théorique apparaît étranger à la pensée du législateur, d'autre part les présomptions de volonté du stipulant sont trop incertaines pour être retenues.

Aussi préférons-nous la justification qui transparaît à travers les développements de MM. Ripert et Boulanger⁵ et Demogue⁶ : la stipulation pour autrui est un effet du contrat, qui reste à la merci des parties au contrat tant que le tiers n'a rien fait pour s'en attribuer le bénéfice, car alors il ne subit aucun préjudice. Colin et Capitant ont cru devoir renforcer cette idée en notant que la donation n'est parfaite que par l'acceptation du donataire : ils paraissent croire que la stipulation pour autrui réalisera toujours une donation, alors qu'elle peut aussi bien être conçue à titre onéreux, et que l'article 1121 donne une règle générale valable pour toutes

(1) Dijon, 15 janv. 1931, La Foncière et Joly c. Mutuelle de la Ville de Paris, S., 1931, 2, 196.

(2) Trib. civ. Morlaix, 2 juin 1915, Despicq c. Comp. Le Secours et Raynaud ès-qual., D. P., 1916, 2, 29, commenté par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1916, p. 507, n° 3 ; comp. : Paris, 31 janv. 1934, Gaudin c. La Nationale, D. H., 1934, 209, réformant un jugement du Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1931, D. H., 1931, 327.

(3) *Oblig.*, t. VII, n° 788 bis, p. 156.

(4) RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 650, p. 225. — Comp. : COLIN et CAPITANT, t. II, n° 211, p. 160.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Oblig.*, t. VII, n° 787, p. 154.

les hypothèses. Les tribunaux en font application aussi bien lorsqu'elle a lieu à titre onéreux¹ qu'à titre gratuit. C'est même dans ce dernier cas que la solution est davantage de nature à faire difficulté : en effet, la donation ne peut, normalement, produire effet qu'après son acceptation par le bénéficiaire, et cette acceptation la rend absolument irrévocable : mais, si c'est là une règle indiscutable du droit positif français en ce qui concerne les donations notariées, elle ne découle pas de la nature même des choses, et nous aurons à nous demander si elle doit continuer à s'appliquer nécessairement lorsque la donation a revêtu la forme indirecte², et notamment si elle s'est réalisée par stipulation pour autrui.

Certains admettent que cette faculté de révocation n'est pas d'ordre public, que l'on y peut renoncer³, et que, à l'inverse, les parties pourraient maintenir la révocabilité même après l'acceptation du tiers⁴ : nous reviendrons sur ces deux solutions⁵ ; mais, d'ores et déjà, la seconde nous paraît, en matière de donation, inacceptable, puisqu'elle déroge aux règles de l'institution dont la donation a emprunté le moule, et notamment elle éteint hors de ses limites légales l'exception apportée à l'irrévocabilité.

Mais, même en la limitant à la période antérieure à l'acceptation, la révocabilité ne porte-t-elle pas atteinte aux principes que nous avons cru pouvoir dégager, notamment au chapitre précédent ? Nous ne le pensons pas : c'est qu'en effet l'irrévocabilité n'est pas un but en soi ; elle a été considérée par les auteurs du Code comme une forme intrinsèque⁶ ; elle devait rendre plus rares les donations : la conscience de l'irrévocabilité, en attirant l'attention de son auteur sur la gravité de l'acte qu'il allait accomplir, devait assurer la protection de sa volonté. La règle joue normalement la même fonction protectrice en matière de donations indirectes ; mais elle n'est pas seule à remplir cette fonction, et, lorsque les autres règles qui y concourent sont elles-mêmes renforcées, on peut sans inconvénient l'atténuer ou même la supprimer ; c'est, pensons-nous, ce qui se passe normalement pour la stipulation pour autrui, et presque nécessairement pour l'assurance sur la vie. La conclusion de celle-ci comporte pour l'assuré une double protection : d'une part, l'intervention d'un assureur qui, s'il n'est évidemment pas désintéressé comme le notaire, n'a du moins d'intérêt que pour ce qui concerne ses rapports personnels avec l'assuré, mais à qui l'attribution à un tiers du bénéfice de la police sera indifférente : sur ce point, il fournira donc à l'assuré des éclaircissements que l'on peut espérer objectifs ; d'autre part, lors de la signature de la police, l'assuré devra verser une première prime, et, par la suite, il pourra verser d'autres primes : selon l'article 75 de la loi de 1930, le versement des primes est facultatif, de sorte que, par chaque paiement de prime, l'assuré réalisera un dessaisissement matériel, libre, qui sera de nature à attirer son attention encore plus sérieusement sur l'importance de son acte : il y a là un dessaisissement aussi matériel que dans le don manuel, et assurant au même titre la protection de la volonté. Aussi aurons-nous à nous demander si, au fond, ce n'est pas lors du versement de chaque prime

(1) Civ. c. 3 janv. 1939, Ministère de la Guerre c. Soc. des Établissements Mabritto, sol. implicite, S., 1939, 1, 81.

(2) *Infra*, 3^e partie, ch. 2.

(3) Voir par ex. DEMOGUE, *Oblig.*, t. VII, n° 794, pp. 162-163.

(4) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 796, pp. 163-164, qui paraît d'ailleurs confondre la question de la révocabilité de la stipulation avec celle de la définition de sa portée. — *Contra* : Civ. c. 26 mars 1884, Chenier c. Rollet, S., 1886, 1, 422.

(5) *Infra*, 3^e partie, ch. 2.

(6) Voir : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, nos 202, et 28 sq. •

échue que se réalise la donation indirecte. Ce qui vaut pour l'assurance sur la vie vaut aussi, *mutatis mutandis*, pour les autres formes de stipulation pour autrui : si la stipulation est l'accessoire d'une donation principale, il n'y a pas de question puisque celle-ci a dû être passée dans la forme notariée ; si le contrat principal est onéreux, le donateur a dû, pour obtenir les avantages qu'il fait passer au tiers, fournir lui-même des prestations dont l'exécution matérielle aura retenu son attention.

Telles sont les règles générales sur la réalisation de la donation au moyen d'une stipulation pour autrui ; celle-ci tend à devenir un simple moule technique dans lequel pourront être coulées les formes les plus variées de donations. Aussi n'est-il pas surprenant que l'on ait cherché à faire rentrer dans ses cadres la donation par souscription. Nous devons rechercher, dans un appendice à cette section, quelle est la valeur de cette explication.

APPENDICE A PREMIÈRE SECTION

La souscription.

C'est notamment Demogue¹ qui a prétendu justifier par l'idée de stipulation pour autrui l'immunité formelle dont la jurisprudence française fait bénéficier la souscription. Sauf dans le cas où il y a remise immédiate des sommes à l'organe qui doit les faire parvenir à leur véritable destinataire, remise valant don manuel, il y aurait, de la part du donateur, stipulation exigée de l'organisateur ou de l'intermédiaire, au profit des donataires véritables.

Cette thèse se heurte à une objection qui paraît très forte : la stipulation pour autrui, dans la conception classique tout au moins, vient s'insérer dans un contrat qui avait sa raison d'être en dehors d'elle et qui lui communique sa propre validité, or ici le contrat entre le souscripteur et l'intermédiaire n'a d'autre raison d'être que la réalisation de la souscription. Sans doute, nous dira-t-on qu'il en est de même de l'assurance en cas de décès : le contrat entre assuré et assureur n'a d'autre but que de créer un droit au profit du bénéficiaire : du moins le contrat d'assurance sur la vie est-il aussi un contrat de capitalisation : les sommes, remises à titre de revenus par l'assuré, subiront une transformation dans le patrimoine de l'assureur et sortiront de ce dernier avec la qualité juridique de capitaux. Mais précisément une transformation analogue peut être remarquée dans le cas de souscription publique, et l'intermédiaire y a vraiment un rôle économique propre qui justifie son intervention : en groupant les souscriptions et en permettant ainsi à chacun de compter sur les souscriptions d'autres personnes, il permet de parvenir à un but que chacun individuellement aurait été impuissant à atteindre. Encore faut-il que cet intermédiaire ne soit pas lui-même le bénéficiaire de la souscription, et c'est, semble-t-il, parce que cette condition n'était pas remplie qu'un arrêt de la Cour du Banc du Roi de Montréal² a rejeté la demande en exécution d'une souscription consentie au profit d'une université et sur la demande même de cette dernière.

* (1) *Rev. trim.*, 1903, pp. 648-649. Comp. KIEPERT, *Les collectes faites dans un but de bienfaisance ou d'utilité publique d'après le Code civil* (Hanovre, 1903, analysé par M. BERNARD et A. ROUX, *Rev. trim.*, 1904, p. 845, n° 63) qui voit dans ces collectes des contrats au profit de tiers.

(2) 28 déc. 1936, analysé par DEMOGUE et LEPAULLE, *Rev. trim.*, 1937, pp. 962-963, n° 6.

Mais si l'existence d'une véritable stipulation pour autrui se peut concevoir au cas de souscription publique, encore que le stipulant n'ait pas en pareil cas l'initiative qui est en général la sienne, en est-il de même de la souscription individuelle et isolée faite par une personne ? Nous ne croyons pas que rien s'y oppose, mais ici encore il faudra que l'intermédiaire ne soit pas lui-même le bénéficiaire véritable de l'opération, et il faudra que son rôle soit vraiment utile : il ne peut être question d'un rôle de groupement, puisqu'il s'agit d'une souscription isolée, mais ce pourra être un rôle de distribution, qui en est exactement l'inverse : telle l'espèce qui a donné lieu à l'un des derniers arrêts sur la matière : au début de la première guerre mondiale, un Nancéen éloigné de son domicile promet à la Ville une somme importante au profit des indigents mobilisés : il aurait pu réaliser valablement des dons manuels au profit de chacun des bénéficiaires, mais cela lui était pratiquement impossible ; pour vaincre la difficulté, il recourt à la Ville de Nancy dont les moyens à cet égard sont plus puissants : la donation indirecte sera valable à titre, pensons-nous, de stipulation pour autrui¹ : situation analogue à celle qui se présente au cas d'assurance sur la vie : ne pouvant pratiquement remettre directement le capital au bénéficiaire, le stipulant charge l'assureur de le faire pour lui en échange de prestations qu'il lui fournit.

Ainsi s'accroît le caractère purement technique de la stipulation pour autrui, qui apparaît comme un cadre dans lequel peuvent s'insérer les effets les plus divers. Elle n'est, avons-nous dit, qu'un canton dans le domaine de l'attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique. Il nous faut maintenant étudier d'autres applications de la même idée.

SECTION II

LE PAIEMENT ET L'ACHAT POUR AUTRUI

I. — L'avantage procuré au donataire par la stipulation pour autrui était la naissance à son profit d'un engagement du promettant, d'un droit de créance qu'il pouvait fixer dans son patrimoine par l'acceptation. Mais on peut désirer lui procurer un avantage d'une autre nature : si par exemple le donataire éventuel est débiteur, on veut le libérer de sa dette au moyen d'un paiement pour son compte.

Il y aura là un procédé valable de donation indirecte, et pour la même raison : le paiement pour autrui est un acte neutre que quiconque peut en principe accomplir sans avoir de justification à fournir de son intervention ; le débiteur lui-même ne peut s'y opposer que s'il est en mesure de faire valoir un intérêt légitime à l'appui de cette opposition², et le créancier ne peut refuser ce paiement fait par une tierce personne, sauf le cas où l'*intuitus personae* a été déterminant dans la création de l'obligation. « Le paiement n'est donc pas par lui-même un acte qui suppose nécessairement la qualité d'obligé chez celui qui l'accomplit. A ce titre, il peut servir à

(1) Voir Nancy, 17 mars 1920, Bailly c. ville de Nancy, *D. P.*, 1920, 2, 65, note J. APPLETON, et, sur pourvoi, Civ. rej. 5 fév. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 20. — Toutefois dans son arrêt, la Cour de cassation prend soin de noter, suivant les indications de la Cour de Nancy, que quelques jours après l'engagement de Bailly, la municipalité nancéienne avait ouvert une souscription publique ayant le même objet, et que le nom de Bailly avait été porté sur les listes.

(2) Req. 7 juin 1937, Sismondi c. Comp. La Nationale, *D. H.*, 1937, 427, (Soc. du Grand Hôtel de l'Espérance c. Comp. La Nationale) *S.*, 1937, 1, 251.

réaliser une donation indirecte »¹ : le *solvens* a pu payer comme mandataire ou gérant d'affaires du débiteur², en se réservant un recours contre lui, ou bien il a pu être mû par l'intention libérale ; mais en tout cas le motif qui le pousse à agir n'est pas indiqué dans l'acte, il lui est extérieur, et cela se comprend : le paiement est réalisé entre le *solvens* et le créancier, tandis que sa cause se place dans les rapports entre *solvens* et débiteur : nous constatons une fois de plus ici³ que, lorsqu'un acte trouve sa cause dans des rapports existant entre l'une des parties et une personne qui y est étrangère, cette cause est écartée non seulement matériellement, mais juridiquement, du contenu de l'acte, qui devient ainsi un acte abstrait. Le paiement a en réalité une double cause : l'existence d'une créance au profit de l'*accipiens*, — et cette créance en est un élément nécessaire, le paiement ne se conçoit pas sans l'existence d'une dette qu'il a pour but d'éteindre, — le désir du *solvens* d'avantager le débiteur en éteignant sa dette, — mais cette seconde cause est en dehors du champ de l'acte : le créancier veut être payé, et peu lui importe le motif pour lequel un tiers se charge de ce paiement.

II. — Si l'utilisation du paiement pour autrui en vue de réaliser une donation indirecte ne présente pas de difficulté de principe, il en est autrement d'une de ses applications, qui a donné lieu à des controverses très serrées en doctrine et en jurisprudence et qui d'ailleurs ne se présente pas toujours sous un aspect uniforme. Il s'agit du cas où le paiement a porté, non pas sur une obligation qui préexistait en dehors de la volonté du *solvens*, mais sur une dette qui n'a été créée qu'en prévision de ce paiement gratuit. La nature du contrat qui donne naissance à cette dette peut être variée : ce peut être par exemple un contrat de société : les prescriptions impératives de la loi du 24 juillet 1867 ne s'opposent pas à ce que le versement du premier quart, exigé pour la validité de la constitution de la société anonyme, soit fait à l'aide d'emprunts ou de dons, pourvu que ce versement soit effectif, sérieux, et opéré en numéraire⁴. Mais c'est incontestablement le contrat de vente qui a donné lieu aux applications les plus nombreuses et aux discussions les plus vives : sans contester qu'il puisse réaliser une donation, on a disserté à perte de vue pour savoir dans quelle catégorie celle-ci pouvait être rangée : don manuel, donation déguisée, donation indirecte ; certains ont même proposé de créer pour elle une catégorie spéciale empruntant les caractères de plusieurs autres.

La variété des doctrines est intimement liée à la diversité des espèces qu'il s'agit d'analyser, plus peut-être qu'à une différence fondamentale de points de vue. C'est dire que c'est en fonction des cas soumis à la jurisprudence que nous devons mener notre exposé.

III. — Parmi ces cas, il en est tout d'abord où l'on ne peut vraiment parler de paiement pour autrui : il y a eu en réalité don manuel de deniers ou de titres au porteur, et, avec ces deniers ou le produit de la vente de ces titres, le donataire a fait l'acquisition d'un immeuble : en pareil cas, la donation a porté sur les deniers ou les titres, non sur l'immeuble. D'où

(1) J. ROUSSEAU, thèse citée, n° 18, p. 19.

(2) Il pouvait d'ailleurs avoir lui-même intérêt au paiement, par ex. le créancier inscrit sur un fonds de commerce qui paie le loyer pour sauvegarder son gage : voir L. 17 mars 1909, art. 14.

(3) Comp. ce qui a été dit à propos de la délégation, *supra*, ch. 1^{er}, sect. 2, § 4.

(4) Rouen, 14 déc. 1931, Duret c. Duret, *D. H.*, 1932, Somm., p. 40.

une double conséquence¹ : d'une part, il s'agit d'un don manuel, et non d'une donation déguisée à laquelle on puisse appliquer les causes de nullité qui sont propres à cette forme de donation ; d'autre part, l'objet de cette donation, sur lequel porteront éventuellement la révocation, le rapport ou la réduction, sera la somme ou le paquet de titres remis, non l'immeuble acquis. Les juges du fait apprécieront d'après les circonstances si tel est bien le cas : cela pourra présenter parfois quelque difficulté ; ainsi, dans une espèce tranchée par la Cour d'appel d'Aix en 1944², un mari avait confié à sa femme deux cents bons du Crédit National, et, neuf mois plus tard, les deux époux achetaient un immeuble, la femme pour la nue propriété et le mari pour l'usufruit : le prix de la nue propriété avait été payé au moyen de la réalisation des titres du Crédit National, mais le Tribunal de Marseille avait estimé que les titres étaient restés en fait et dans l'intention des parties la propriété du mari, et qu'en conséquence l'achat de l'immeuble au nom de la femme constituait une donation déguisée du mari à la femme ; la Cour d'Aix au contraire estime que les titres étaient bien devenus la propriété de la femme, et que c'est cette dernière qui a fait pour elle-même l'acquisition de l'immeuble. Cette différence dans l'appréciation de la psychologie des parties pouvait être intéressante pour définir l'objet de la donation³ ; mais nous la croyons absolument inopérante quant à sa validité en la forme. A ce point de vue, c'est, pensons-nous, une question purement matérielle qui se pose : y a-t-il eu dessaisissement suffisant ? si oui, il n'y a pas à chercher plus loin. Nous l'avons déjà répété : la donation indirecte et le don manuel valent à raison du caractère abstrait du procédé par lequel ils se réalisent : il suffit donc de rechercher quel est ce procédé et s'il présente bien ce caractère pour en constater la validité ; la psychologie des parties n'est prise en considération que dans la traduction matérielle qui en a été donnée.

A l'inverse de ce cas où il y a don manuel des deniers antérieur à l'achat de l'immeuble, il peut se faire que les deniers soient fournis directement au vendeur au moment même de l'achat, mais par un tiers qui n'entend nullement gratifier l'acheteur, mais seulement lui faire une avance remboursable : la combinaison est parfaitement licite⁴, mais elle n'a rien d'une donation.

IV. — Reste l'hypothèse la plus délicate, où le versement des deniers par le donateur au vendeur a lieu au moment même de la passation de l'acte : le plus souvent le donateur n'apparaît pas dans l'acte, et celui-ci

(1) Voir SAVATIER, note au *J. C. P.*, 1945, II, 2784, sous Aix, 17 juill. 1944, da Silva et Odier c. Bertrand. Voir aussi notre 3^e partie.

(2) Aix, 17 juill. 1944, cité à la note précédente.

(3) Cf. *infra*, 3^e partie. — M. SAVATIER (note préc.) va même plus loin encore : pour lui, du moment que la tradition des deniers a été réalisée, peu importerait, même pour l'application des règles de fond, son lien avec un contrat ultérieur auquel le donateur était intervenu.

(4) La Cour de cassation l'a admis à propos de l'achat d'immeuble fait par une femme dotale à l'aide, pour partie de deniers dotaux à remployer, pour partie de deniers dont le mari avait fait l'avance, ainsi que cela résultait de la quittance ; en pareil cas, si l'article 1553 refuse au bien le caractère dotal, ce texte « tranche une question de dotalité et non de propriété », et l'immeuble reste propre à la femme en vertu du principe général que « l'immeuble appartient à celui des époux au nom duquel l'acquisition a été faite, quelle que soit l'origine des deniers employés au paiement du prix ; que la propriété demeure acquise à celui qui achète et non à celui qui fait seulement à l'acheteur l'avance des fonds nécessaires à sa libération ». *Civ. c.* 19 déc. 1871, Parriche c. Olibet, *D. P.*, 1872, 1, 77.

porte que le paiement a été fait par l'acquéreur qui est en réalité donataire ; mais rien ne s'opposerait à ce que l'on mentionnât que le paiement a été fait par un tiers, à condition, bien entendu, de ne pas indiquer sa qualité de donateur¹ ; il est enfin possible que le donateur et le donataire fassent une acquisition en commun, dont le prix est en réalité payé intégralement par l'un d'eux, le donateur² : ce dernier cas se ramène aux deux précédents, avec lesquels il ne présente que cette différence de pur fait que la donation n'a pour objet qu'une portion indivise de l'immeuble au lieu de la totalité.

Il est des auteurs qui ont prétendu que, dans tous ces cas, si l'opération était valable, c'était parce qu'on pouvait l'assimiler à un don manuel : pour Planiol³, l'acte « est l'équivalent d'un don manuel indirect procurant la libération de l'acheteur, lequel serait tenu de payer le prix en vertu de l'acte si un tiers ne le faisait pas à sa place. Il y a donc paiement pour autrui fait *animo donandi* » : cette dualité d'analyse (don manuel, paiement pour autrui) trahit l'incertitude du grand civiliste : le don manuel suppose une tradition de l'objet faite au profit du donataire, or ici les deniers seront normalement remis directement au vendeur : il y a paiement pour autrui, mode de donation indirecte ; c'est seulement lorsque, exceptionnellement, les deniers seront remis à l'acquéreur donataire pour être transmis ensuite au vendeur que l'on pourra parler de don manuel⁴.

En faveur d'une extension plus grande de cette qualification, on a fait valoir que la tradition par laquelle se réalise le don manuel peut avoir lieu « soit entre les mains de l'intéressé, soit par l'intermédiaire d'un tiers »⁵. Si cette conception élargie du don manuel n'a pas d'influence directe sur la validité de l'opération, qui est assurée de toute manière, elle a sur le fond des conséquences dont il est difficile de faire abstraction⁶. Un don manuel a pour objet les deniers remis manuellement : or ceci peut ne pas correspondre à l'intention vraie des parties. Si l'achat a été négocié en dehors du donateur, si celui-ci n'est intervenu qu'après coup, pour payer, directement ou non, tout ou partie du prix, il n'y a pas d'inconvénient à voir dans l'opération un don manuel : comme le pressentait Planiol, le paiement pour autrui n'est guère autre chose qu'un don manuel par l'intermédiaire d'autrui. Mais il se peut, en d'autres circonstances, que le donateur ait eu le désir de donner, non pas la somme d'argent, mais l'immeuble lui-même : c'est lui qui a négocié et réalisé l'achat de cet immeuble, et, s'il a fait rédiger l'acte de vente directement au profit du donataire, c'est pour éviter les droits fiscaux dont une double transmission n'eût pas manqué d'entraîner la perception, c'est aussi peut-être pour dissimuler la donation aux yeux du public et notamment des héritiers réservataires ; on ne peut alors parler de don manuel : il n'y a ni tradition réelle directe des deniers, ni tradition par l'intermédiaire d'un tiers, car le vendeur

(1) *Contra* : NOUVEAU, thèse citée, p. 46, qui admet la validité de l'opération même s'il est mentionné que le paiement est fait *animo donandi*.

(2) Douai, 6 juill. 1932, Bavencof-Tartare c. Bellet et Lagache, S., 1933, 2, 47 ; Poitiers, 23 mars 1943, Rateau c. Guionnet et Astie es-qual. et veuve Rateau-Fouin, S., 1944, 2, 45, 2^e espèce et note Fr. HUBERT ; Trib. civ. Oloron-Sainte-Marie, 31 mai 1943, consorts Lacaze c. Luc Lacaze, J. C. P., 1944, II, 2556 (éd. N) et note M. CLOS.

(3) *Tr. élém.*, t. III, 1937, n° 2545, p. 674 ; — RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3346.

(4) SAVATIER, note précitée, I.

(5) NOUVEAU, thèse précitée, p. 48.

(6) Encore que la question de l'objet de la donation doive surtout être traitée dans notre 3^e partie (ch. 3, sect. 1).

n'a pas été considéré comme recevant les deniers au nom du donataire : ce qu'a voulu le *solvens*, c'est transmettre l'immeuble lui-même au donataire¹.

L'opération nous paraît dans ses éléments constitutifs tout à fait analogue à une stipulation pour autrui : le donateur, fournissant les deniers, joue le rôle de stipulant ; le vendeur, qui remettra l'immeuble à un tiers, est le promettant ; et le donataire tient lieu de bénéficiaire. Mais, dans la réalité, les choses ne sont pas aussi simples : en général, il n'est passé d'acte instrumentaire qu'entre le précédent propriétaire et celui qui doit le devenir : le « stipulant » est totalement étranger à l'opération apparente.

C'est pourquoi certains ont cru pouvoir analyser celle-ci comme une donation déguisée : le déguisement consiste, selon eux, à présenter comme simple une opération en réalité complexe, il consiste dans la condensation en une seule de deux opérations : d'une part, l'acquisition du bien par le donateur, d'autre part, la donation qu'il en fait ensuite. Pour M. Voirin², qui a étudié spécialement l'achat d'immeuble par la femme payé au moyen des deniers du mari, les époux simulent un achat par la femme alors qu'il y a en réalité achat par le mari suivi de donation à la femme ; l'opération est à la frontière de l'interposition de personne : la femme apparaît comme acheteuse alors que c'est le mari qui l'est, mais elle n'est pas acquéreur fictif puisqu'elle acquerra du mari ; l'opération est également à la frontière de la donation indirecte, puisque la femme acquiert à titre gratuit du mari, mais elle s'en sépare en ce qu'il y a simulation : « La simulation porte moins sur la réalité de la vente que sur la simplicité tout apparente de l'opération dont cette vente fait partie et qui dissimule la complexité et la relativité réelles »³. C'est bien le point de vue que semble adopter la Cour de cassation : sans doute, conformément à ses traditions, elle se garde de développer de longs motifs d'ordre doctrinal à l'appui de ses arrêts, mais elle considère comme une donation *déguisée* entre époux, frappée de nullité par l'article 1099 du Code civil, l'opération que nous venons d'étudier⁴.

Il ne faut pas, cependant, exagérer la portée de cet arrêt ; la jurisprudence s'attache davantage à donner une solution juste qu'à employer une terminologie précise ; de toute manière, une qualification ne vaut qu'en fonction de la règle à appliquer⁵, et la règle appliquée en l'espèce par la Cour de cassation est une règle de fond, celle qui prohibe les donations déguisées entre époux à raison des fraudes trop fréquentes auxquelles elles peuvent prêter. Le terme de donation déguisée doit-il recevoir le même sens lorsqu'il s'agit, non plus de prononcer une nullité, mais de définir un procédé technique servant à réaliser une donation valable en dehors des formes des articles 931 et suivants ? La question doit être réservée.

Or à ce point de vue des règles de forme, nous sommes convaincu qu'il y a normalement donation indirecte et non donation déguisée. Ce transfert de propriété résultant de la vente est un acte neutre, en ce sens que celui-là dont le nom figure comme acheteur dans l'acte de vente devient

(1) Voir J. ROUSSEAU, thèse citée, n° 19, *in fine*.

(2) Note au J. C. P., 1941, II, 1727, sous Civ. r. 30 avril 1941, époux Thomas c. époux Laurens.

(3) VOIRIN, *loc. cit.*

(4) Civ. r. 30 avril 1941, époux Thomas c. époux Laurens, S., 1941, I, 148 ; D. C., 1942, J., 6 et note signée M. N. ; J. C. P., 1941, II, 1727 et note VOIRIN ; voir aussi le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1940-41, pp. 629-631, n° 7.

(5) C'est pourquoi, en droit international privé, la qualification dont dépend la règle de rattachement est faite par la *lex fori*, qui fixe cette règle.

propriétaire, même si ce n'est pas lui qui a fourni les deniers¹ ; comme le remarque Josserand², « celui-là devient propriétaire qui a voulu acquérir, qui a pris part à l'opération en son nom personnel, pour son propre compte ; la volonté est le pivot des actes juridiques ». « La qualité volontairement assumée par une partie — considération psychologique — doit l'emporter sur l'origine des deniers — considération matérialiste —³. » En se portant acquéreur de l'immeuble, le donataire ne dissimule rien. Même s'il est porté dans l'acte comme ayant personnellement payé le prix, cette mention ne nous paraît pas constituer une véritable simulation : le fait matériel du paiement ne préjuge pas nécessairement du titre auquel il s'effectue ni de l'origine des deniers.

Mode de donation indirecte⁴, l'achat sous le nom d'autrui nous paraît rentrer dans la notion largement entendue que la jurisprudence a donnée de la stipulation pour autrui : peu importe que le stipulant-donateur ne signe pas l'acte, peu importe également que le bénéficiaire intervienne dans le seul *instrumentum* qui soit dressé pour exécuter l'opération : depuis l'arrêt *Imbert* du 12 février 1935⁵, le formalisme de la stipulation pour autrui est réduit au minimum ; son seul élément essentiel, d'après la jurisprudence, est l'attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique dont le « stipulant » a pris l'initiative. Il reste que, dans notre cas comme dans tous ceux qui rentrent dans cette notion élargie, le dessaisissement matériel que réalise le donateur assure la liberté de son consentement, et il n'y a même plus de possibilité de révocation discrétionnaire, puisque le bénéficiaire intervient dans l'opération même pour l'accepter.

(1) L. SARRUT, note au *D. P.*, 1897, 1, 273, sous *Civ. r.* 13 janv. 1897, époux Dumontpallier c. consorts Charière ; *Civ.* 8 nov. 1926, demoiselle Cartier c. veuve Janvier, *motifs*, *S.*, 1927, 1, 42, et la note (1-2) de la p. 42. — *Comp. Civ. c.* 19 déc. 1871, *Parriche* c. *Olibet*, précité.

(2) *Cours*, t. III, n° 509, p. 293.

(3) CARBONNIER, note *J. C. P.*, 1943, II, 2112, *in fine*.

(4) *Sic* : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3346.

(5) Précité, *S.*, 1935, 1, 132 ; *comp. Req.* 19 fév. 1935, précité, *S.*, 1935, I, 151, *D. H.*, 1935, 178.

CHAPITRE III

L'AVANTAGE INDIRECT INCLUS DANS UN ACTE À TITRE ONÉREUX

Si le terme de donation indirecte reçoit dans la doctrine contemporaine une signification très générale, englobant toutes les donations qui « se réalisent par un acte juridique autre qu'un contrat de donation proprement dit »¹, l'expression « avantage indirect », qui n'est d'ailleurs pas purement doctrinale et figure dans les textes du Code civil², a un sens beaucoup plus restreint et nettement précisé : c'est l'avantage volontaire résultant au profit de l'un des contractants des clauses d'une convention principalement onéreuse : il s'agit, par exemple, d'une vente dont le prix a été volontairement diminué, d'une société où la répartition des bénéfices est, dans un but libéral, non proportionnelle aux apports de chacun.

Dans ce domaine, la théorie dite de l'accessoire nous a paru capable de fournir une justification satisfaisante : sans doute, l'article 931 est conçu en termes généraux, et son exégèse ne suffit pas à permettre de dispenser de formes la clause gratuite accessoire d'un contrat principal onéreux ; mais, dans le cas qui nous intéresse, c'est la même clause qui est à la fois gratuite et onéreuse ; il est impossible de la scinder matériellement pour appliquer à chacune de ses parties le régime qui lui est propre quant à la forme ; on comprend que l'acte emprunte la forme de son caractère principal ; aussi Jossierand³ explique-t-il que l'intrusion du titre gratuit dans le titre onéreux doit être contenue dans des limites assez resserrées pour que l'acte conserve à titre principal sa fonction normale, qui le dispense des formes notariées.

Mais, si cette analyse justifie dans le cas particulier la validité de l'opération, on peut lui reprocher d'avoir un domaine trop restreint et de ne pas fournir une théorie d'ensemble des donations indirectes. Nous avons cherché celle-ci dans une autre direction : la donation indirecte valable serait celle qui résulte d'un acte neutre. Or, malgré des apparences contraires, cette théorie peut trouver à s'appliquer dans notre cas et en fournir une explication satisfaisante. Sans doute, l'acte principal dans lequel est inclus l'avantage indirect est un acte à titre onéreux, commutatif ; à ce titre, il est causé : par exemple, dans la vente, le transfert de propriété de l'objet et le paiement du prix se servent réciproquement de cause, et cette double cause est mentionnée expressément dans l'acte. Mais cela n'infirme pas la thèse : la donation indirecte ne résulte pas de l'ensemble de l'acte, mais seulement d'une de ses clauses, par exemple la clause fixant le prix, elle résulte plus précisément de l'insuffisance du prix : or cette

(1) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1629 ; RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3324 : voir toutefois une restriction, dont il sera question ci-après, au n° 3342.

(2) Art. 853, 1595.

(3) *Les mobiles*, nos 282-284, pp. 355-356.

insuffisance est bien abstraite, on ne sait pas si elle est due à l'habileté plus grande de l'acheteur ou à l'intention libérale du vendeur¹.

Cependant, MM. Ripert et Boulanger² n'admettent pas cette qualification : pour eux, « comme la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat, la prestation de l'autre partie, même si elle est notoirement insuffisante, suffira à donner au contrat un caractère onéreux. Dès lors, si la convention contient un avantage pour l'une des parties, il y aura donation déguisée et non pas donation indirecte ».

Cé raisonnement ne nous paraît pas décisif. D'une part, il est des cas où la lésion est une cause de rescision : il en est ainsi lorsque la vente porte sur un immeuble, hypothèse que les savants auteurs citent à titre d'exemple. D'autre part et surtout, même dans les cas où la lésion est sans influence sur la validité du contrat, il nous paraît discutable de lier l'impossibilité de réaliser une donation indirecte à l'inefficacité de la lésion³. Dire que, le contrat ayant un caractère onéreux, l'avantage qui profite à l'une des parties est un avantage déguisé et non indirect, c'est oublier que cet avantage résulte non pas de tout le contrat, mais seulement d'une de ses clauses, et que le contenu de cette clause présente le caractère abstrait. Il n'y a pas de déguisement, pas de simulation : l'acte est bien présenté tel qu'il existe en réalité. Par conséquent, si la conclusion de MM. Ripert et Boulanger était exacte dans sa partie négative, si l'on excluait l'idée de donation indirecte, il faudrait voir dans l'opération, non pas une donation déguisée, mais un acte gratuit nul pour vice de forme, faute de déguisement pouvant servir de masque à la libéralité.

Des avantages indirects peuvent être contenus dans la plupart des contrats synallagmatiques : pour les contrats unilatéraux, il n'en est guère question, car l'obligation de l'une des parties consiste le plus souvent à restituer l'objet même qu'elle a reçu (dépôt, prêt, etc.), de sorte que les parties n'ont aucune liberté dans l'appréciation de la contre-partie⁴, et il ne pourrait y avoir que donation déguisée. Au contraire, pour les contrats synallagmatiques, ce sont les parties qui fixent les prestations réciproques et qui bénéficient, pour ce faire, d'une liberté assez grande : une évaluation insuffisante n'aura rien d'apparent, elle pourra provenir d'une erreur d'appréciation aussi bien que d'une volonté délibérée. La donation indirecte pourra même, nous l'avons vu,⁵ résulter d'un acte déclaratif, transaction ou partage. Mais les applications les plus fréquentes s'en trouvent en matière de vente, de louage de chose, de louage d'ouvrage et de société : nous les étudierons dans les différentes sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

LA VENTE A VIL PRIX

I. — Théoriquement, la vente pourrait servir à réaliser une donation indirecte aussi bien au profit du vendeur, en fixant un prix excessif, qu'au profit de l'acheteur, en portant un prix insuffisant. En pratique toutefois,

(1) Cf. *supra*, titre 2, Introduction.

(2) T. III, n° 3342, p. 1058.

(3) Cf. *infra*, section 1^{re}.

(4) Il pourrait sans doute y avoir libéralité indirecte dans la fixation du taux d'intérêt d'un prêt, mais il s'agirait alors d'une donation de revenus, soumise à des règles de faveur.

(5) *Supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 1^{re}, *in limine*.

pour des raisons que nous avons exposées¹, seule est utilisée la vente à un prix inférieur à la valeur réelle de la chose. Il y a, à vrai dire, transition insensible entre la donation déguisée et la donation indirecte : lorsque la vente est consentie moyennant un prix porté à l'acte correspondant à la valeur de la chose et dont il est donné quittance alors qu'il n'a pas été payé ou ne l'a été qu'en partie, il y a donation déguisée² ; si, au contraire, le prix porté à l'acte est inférieur à la valeur de la chose mais est payé intégralement, il y a donation indirecte³. On peut, par ce moyen, réaliser non seulement une donation ordinaire, mais aussi une donation-partage, à condition de faire en sorte que l'acte ne tombe pas sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future⁴.

Si l'acte est valable, c'est qu'ici encore nous retrouvons les caractères habituels des actes neutres : rien ne révèle extérieurement la gratuité, et par conséquent l'irrévocabilité est garantie puisque, pour faire apparaître la donation, le donateur serait astreint à une preuve difficile ; et l'insertion de l'opération gratuite dans un acte onéreux lui donne conscience de son irrévocabilité, qui participe de celle de l'opération principale, et ainsi la protection de la volonté est assurée.

Si tels sont les motifs de la validité de la donation indirecte réalisée par ce moyen, il est facile d'en déduire les conséquences.

Tout d'abord l'avantage devra conserver son caractère abstrait, neutre : l'acte ne devra contenir aucune mention laissant entendre qu'il a été conçu à titre gratuit, dans une intention libérale.

Mais il ne suffira pas de cette condition purement formelle et négative, assez facile à remplir ; il faudra encore qu'une personne non avertie puisse sérieusement, au seul vu de l'acte, croire qu'il est à titre onéreux ; il ne faudra pas que l'insuffisance du prix soit telle qu'il y ait en réalité défaut de prix : la vente consentie *nummo uno* est nulle et ne peut valoir donation car il n'y a alors ni donation déguisée ni donation indirecte, mais donation directe et ostensible, nulle pour défaut d'authenticité. Aussi est-il nécessaire de distinguer la vente à vil prix, à l'abri de laquelle peut être valablement réalisée une donation indirecte, et la vente à un prix dérisoire, qui est nulle ; que l'on ne dise pas que l'acte, nul comme vente, peut valoir comme donation déguisée⁵ : comme le note M. Savatier⁶, pour être relevant, le déguisement doit être « de bonne coupe » ; il ne l'est pas lorsque le prix est dépourvu, même en apparence, de caractère sérieux ; on peut alors dire qu'il n'y a pas de déguisement du tout, puisque le prix, si inférieur qu'il soit à la valeur de la chose, sera sans doute réellement payé.

L'acte ne peut pas davantage valoir comme donation indirecte : nulle comme vente faite de prix sérieux, l'opération ne pourrait valoir comme donation que si l'on démontrait que c'est bien à ce titre que les parties l'ont conçue ; or précisément la donation indirecte n'est possible que si elle est réalisée par un acte valable en soi et par ses seuls éléments apparents ; ici la vente ne vaut pas en soi puisqu'il manque un des éléments constitutifs du contrat.

(1) *Supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 2, § 2, I, *ad notam*.

(2) NOUVEAU, thèse préc., pp. 35 sq.

(3) *Contra*, NOUVEAU, *loc. cit.*, qui reconnaît, il est vrai, que le déguisement est ici plutôt une équivoque.

(4) Voir : Civ. r. 16 sept. 1940, cons. Roger c. Roger, *D. H.*, 1940, 173, *J. C. P.*, 1940, II, 1583, et note P. VOIRIN.

(5) Cf. Limoges, 13 nov. 1936, Tiolière c. Tiolière, *J. C. P.*, 1937, II, 37, et le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1937, pp. 406-407 ; DANJOU, thèse, 1936, pp. 46 sq. ; JOSSELAND, *Les mobiles*, n° 284, p. 356.

(6) *Rev. trim.*, 1925, p. 922, n° 7. — Voir aussi : *Rev. trim.*, 1945, pp. 205-206.

Encore faut-il préciser les conséquences de ce principe à propos de deux questions particulières, qui se posent l'une pour les ventes d'immeubles en général, l'autre pour les ventes à charge de rente viagère.

II. — Quant aux ventes immobilières, on exige que le prix soit sérieux afin que la vente vaille par elle-même ; ne doit-on pas exiger qu'il soit supérieur aux cinq douzièmes de la valeur de la chose, de manière à mettre l'opération à l'abri d'une action en rescision qui ferait tomber, en même temps que la vente, la donation qu'elle contient ? Sinon, pendant deux ans, l'action en rescision permettra de faire tomber l'acte ; pendant tout ce délai, le donateur jouira en fait d'une faculté de révocation de la donation ; en passant l'acte, il ne fait rien de définitif, et par conséquent il ne fait rien du tout, puisqu'en matière d'actes à titre gratuit « donner et retenir ne vaut ».

A cela on a répondu que, si l'action en rescision pour lésion est le droit commun en matière de vente d'immeubles, elle doit néanmoins être écartée lorsqu'il est prouvé que la prétendue lésion n'est que la manifestation d'une intention libérale. Sans doute, il ne suffirait pas d'affirmer cette intention libérale dans l'acte, l'article 1674 (*in fine*) le précise ; mais si ce texte a entendu rendre inefficace une clause qui n'aurait pas manqué de devenir de style, il ne joue plus lorsque cette clause correspond à une volonté réelle : « cet article, écrit M. Bouzat¹, vise seulement le cas où les parties n'auraient fait que camoufler sous l'aspect d'une libéralité indirecte une renonciation arrachée à la faiblesse du contractant lésé. De sorte que, s'il est établi par les circonstances de fait, que le renonçant a voulu, avec une volonté saine et normale, faire une libéralité indirecte, il n'existe pas de raisons pour ne pas admettre la validité de la clause de renonciation ». En pareil cas, « la clause de renonciation apparaît comme un moyen de manifester l'intention de faire une donation indirecte. Elle transforme la nature du contrat qui, de contrat à titre onéreux, devient pour partie à titre gratuit. Elle fait disparaître la lésion en supprimant l'un de ses éléments, l'élément subjectif... Logiquement la clause apparaît comme valable puisqu'elle fait précisément disparaître le vice à l'exercice en justice duquel elle emporte renonciation »².

Ce raisonnement procède d'une analyse pénétrante de l'article 1674 et d'une subtile logique dans son interprétation ; mais, outre qu'il ne correspond peut-être pas aux intentions véritables des rédacteurs du Code civil³, il s'harmonise mal avec la théorie des donations indirectes et avec la jurisprudence récente de la Cour de cassation. La donation indirecte, nous l'avons dit, est valable parce qu'elle résulte d'un acte abstrait qui est en même temps définitif : cette double exigence nous enferme dans un dilemme : si une clause de renonciation à la rescision est insérée dans l'acte, celui-ci perd son caractère abstrait et ne peut donc plus servir à réaliser une donation indirecte valable ; mais si la clause n'y figure pas, l'acte peut être attaqué pendant deux ans et perd, par conséquent, son caractère définitif : il ne peut pas davantage réaliser une donation valable : cela est d'autant plus vrai que, comme le note, pour le déplorer, M. Savatier⁴, la Cour de cassation, dans ses arrêts récents, considère

(1) *De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à n'en pas demander la nullité*, *Rev. crit.*, 1934, pp. 350-392. Le passage cité se trouve au n° 25.

(2) *Ibid.* — Dans le même sens : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. XI par BRÊTHE DE LA GRESSAYE, n° 128.

(3) Voir RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 2582, p. 791.

(4) Note au *D. P.*, 1939, I, 81, I, a, p. 82, col. 1.

la lésion « comme un vice purement réel du contrat et, par conséquent, indépendant de l'intention des parties » : « la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance »¹. Le moyen d'échapper à l'objection consisterait peut-être de la part du donateur à remettre au donataire une renonciation écrite à l'action en rescision, qui jouerait un rôle analogue à celui des pactes adjoints aux dons manuels, et permettrait, sans porter atteinte à la règle du caractère abstrait de l'acte, de mettre obstacle à une éventuelle action en rescision.

Il faut en tout cas reconnaître que les juridictions inférieures hésitent à consacrer les conséquences des principes posés par la Cour de cassation, et elles rejettent l'action en rescision lorsque la lésion apparente ne fait que traduire une intention libérale² : il est vrai que, dans les espèces sur lesquelles elles ont eu à se prononcer, l'intention libérale existait chez le *de cuius* qui l'avait traduite soit dans un testament régulier³ soit dans un testament verbal⁴, ce qui permettait de considérer l'héritier vendeur comme tenu soit d'une obligation civile, soit au moins d'une obligation naturelle⁵ de vendre à vil prix.

En dehors de ces cas un peu particuliers, la même solution ne nous paraîtrait pas justifiée ; nous croyons devoir maintenir le principe qu'une vente entachée de lésion est définitivement impropre à réaliser une donation indirecte : par là, on ne porte pas atteinte à des intérêts quelconques : le taux de la lésion exigée pour permettre la rescision de la vente d'immeubles est suffisamment élevé pour laisser encore de larges possibilités de réaliser des donations indirectes. Bien plus, cela aura l'avantage de fixer une limite précise entre le prix vil et le prix dérisoire, entre les cas où l'acte est valable et celui où il est nul : et cet avantage pratique n'est pas à négliger.

III. — Il faut cependant se garder d'exagérer la portée de la solution : l'étude des incidences de la possibilité de rescision sur la théorie des donations indirectes ne suffit pas à épuiser la question du prix vil et du prix dérisoire : c'est en effet un principe généralement admis, quoiqu'il ait subi quelques atténuations dans les arrêts récents⁶, que la rescision n'a pas lieu dans les cas où la vente est consentie moyennant une prestation aléatoire, plus précisément moyennant une rente viagère. Mais ce cas de vente à charge de rente viagère a donné lieu à une abondante jurisprudence quant à son utilisation en vue de réaliser une donation indirecte : car précisément, puisque l'on écartait en la matière la rescision pour lésion,

(1) Req. 28 déc. 1932, *D. P.*, 1933, 1, 87, et le rapport du conseiller Paul Dumas ; voir aussi Req. 21 mars 1933, Rouff et Comp. industrielle d'Uriage c. de Féligonde, *D. H.*, 1933, 235. C'est sans doute le même point de vue qui explique que, au cas de promesse de vente suivie de réalisation, la lésion s'apprécie au moment de la levée de l'option, et non au temps de la promesse : Civ. c. 19 avril 1926, Diart c. La Durantie, *S.*, 1926, 1, 128. C'est également de ce jour de la levée de l'option que court le délai de deux ans imparti pour l'exercice de l'action en rescision : Paris, 3 janv. 1946, consorts Lebrat c. époux Lefèvre, *J. C. P.*, 1946, 2, 3001, et note A. C.

(2) Paris, 12 nov. 1931, Dulac c. ville de Saint-Maur, *D. H.*, 1932, 75 ; Trib. civ. Meaux, 26 mai 1943, Roze c. Bochet, *J. C. P.*, 1943, 2 2462 (éd. N) et note E. B.

(3) Trib. civ. Meaux, 26 mai 1943, précité.

(4) Paris, 12 nov. 1931, précité.

(5) Voir : DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, pp. 430-431.

(6) Voir notamment les trois arrêts rapportés au *D. P.*, 1939, 1, 81 et note R. SAVATIER. — Voir aussi : Req. 10 mai 1933, Calendini c. dame veuve Savignoni, *D. H.*, 1933, 329.

le recours à la nullité pour défaut de prix sérieux y était d'autant plus nécessaire.

Il est certain tout d'abord que, lorsque la vente à charge de rente viagère a été réalisée moyennant une rente insuffisante, sans que cette insuffisance soit motivée par l'existence d'une quelconque intention libérale, l'opération est nulle, faute de prix sérieux : et cela, soit que le caractère dérisoire de la rente tienne à ce qu'elle est inférieure aux revenus de l'immeuble¹, soit qu'il tienne à l'âge avancé du vendeur supprimant ou réduisant par trop l'aléa². Mais si l'acte est nul comme vente, ne pourra-t-il valoir comme donation, à supposer que soit établie l'intention libérale ?

Sur cette question encore s'opposent deux tendances : la première, la plus large, considère qu'il suffit que la donation ne soit pas affirmée expressément pour qu'elle soit valable : de sorte que l'acte, nul comme vente, peut valoir comme donation que l'on qualifie de « déguisée ». Sans doute, la donation déguisée doit satisfaire aux conditions de forme de l'acte apparent sous lequel elle se dissimule, mais, dit-on, l'existence d'un prix sérieux est une condition de fond de la vente. Tout au plus convient-il que le caractère non sérieux du prix n'apparaisse pas dans l'acte lui-même : ainsi s'expliquerait un arrêt de 1893³ qui refuse de valider comme donation la vente consentie moyennant une rente viagère inférieure à l'intérêt du capital fixé dans l'acte même comme représentant la valeur de l'immeuble. L'acte serait au contraire valable toutes les fois qu'il ne contiendrait pas la preuve intrinsèque de l'insuffisance du prix.

On a également prétendu distinguer selon que le caractère dérisoire du prix résulterait du chiffre trop bas de la rente ou de l'âge avancé du vendeur ; mais c'est à juste titre, pensons-nous, que cette distinction paraît aujourd'hui écartée par la jurisprudence. En réalité, l'on ne peut pas réaliser de donation indirecte ou déguisée au moyen d'une vente dont le prix est dérisoire : ce caractère donne au vendeur le droit d'en obtenir l'annulation, sans qu'il ait d'autre preuve à faire que celle du déséquilibre matériel des prestations ; l'autre partie ne pourrait s'opposer à cette action qu'en démontrant qu'il y a eu intention libérale, par conséquent en assumant la charge de la preuve et en donnant à l'acte un caractère concret, alors que précisément le propre de la donation indirecte est de se réaliser par un acte qui vaut en soi, indépendamment de toute preuve d'intention libérale. A en croire M. Jolivet⁴, c'est en ce sens que s'orienterait la jurisprudence, qui prononcerait de plus en plus la nullité : cela ne nous paraît pas correspondre absolument à la réalité, et l'on trouve maints arrêts qui valident l'opération consentie moyennant une rente viagère insuffisante lorsqu'elle réalise une donation qu'ils qualifient de déguisée⁵.

(1) S. DALLIGNY, thèse citée, pp. 47-51 ; Bordeaux, 8 mars 1941, veuve Dagouasat, S., 1945, Chron. bimensuelle, n° 5, p. 19. — Req. 27 mai 1908, Gente c. demoiselle Guérimon, D. P., 1908, 1, 480, S., 1911, 1, 459, 1^{re} espèce ; Req. 1^{er} mai 1911, Pellet c. Prabel, D. P., 1911, 1, 453, et note critique PLANIOL, S., 1911, 1, 459, 2^e espèce ; Req. 10 fév. 1925, veuve Blin c. Henry, S., 1925, 1, 80, D. H., 1925, 137 ; Req. 29 déc. 1930, consorts Gabot c. Hœnen, motifs, D. H., 1931, 53. Comp. CARBONNIER, Rev. trim., 1944, p. 182, n° 1.

(2) Civ. c. 3 déc. 1912, Christiano c. veuve Raffat, D. P., 1913, 1, 175 ; Req. 9 juill. 1934, Delpy c. veuve Orgnon, D. H., 1934, 442 ; Chambéry, 3 avril 1901, cons. Vernaz c. Charmot, D. P., 1903, 2, 54.

(3) Req. 26 avril 1893, D. P., 1893, 1, 359. — Voir aussi : JOLIVET, thèse, pp. 102 sq. ; S. DALLIGNY, thèse, pp. 47-51.

(4) JOLIVET, loc. cit.

(5) Voir S. DALLIGNY, loc. cit. ; Civ. c. 3 déc. 1912, Christiano c. veuve Raffat, D. P., 1913, 1, 175 ; Toulouse, 3 mai 1943, motifs, S., 1944, 2, 40 ; Trib. civ. Aurillac,

Ce qui est inexact, dans cette jurisprudence, ce n'est pas seulement la solution donnée, mais aussi la terminologie employée : il n'y aurait donation déguisée que si l'on pouvait relever dans l'acte une simulation, si le prix, dérisoire par hypothèse, était, de plus, fictif : mais, contrairement à ce qu'affirme un arrêt de la Cour de cassation¹, les deux caractères ne se confondent pas, et le prix n'est pas fictif par cela seul qu'il consiste en une rente viagère qui ne comportait en réalité aucune chance aléatoire pour le vendeur : en pareil cas, il n'y a pas de déguisement ; il ne pourrait y avoir qu'une donation indirecte qui, nous le répétons, ne nous paraît pas valable.

SECTION II

LA SOCIÉTÉ ET LE LOUAGE DE SERVICES

Ces deux contrats peuvent également servir à réaliser des donations indirectes : il suffit de supposer que le travail fourni par une personne ou l'apport fait par elle en société reçoit une rémunération qui ne correspond pas à celle qui serait équitable, et qui est, soit plus élevée, soit moins élevée. A la différence de ce que nous avons constaté pour la vente, l'hypothèse d'une rémunération plus élevée n'est pas ici purement théorique : d'une part, comme il s'agit d'un contrat à exécution successive, les parties pourront l'utiliser pour réaliser une donation dont l'exécution sera échelonnée dans le temps ; d'autre part, cette stipulation ne présente pas des inconvénients fiscaux comparables à ceux auxquels prêtait une vente à un prix excessif. Si l'on est en matière de sociétés par actions, la donation indirecte constituera un avantage particulier, soumis à vérification selon une procédure spéciale².

Mais il ne suffira pas, pour qu'il y ait donation indirecte, que l'on constate l'existence d'un avantage matériel procuré à l'une des parties ; il faudra que cet avantage corresponde à une intention libérale, qu'il ne résulte pas d'un déséquilibre purement fortuit du contrat. En matière de louage de services, c'est seulement « selon les circonstances » que l'avantage procuré constituera une donation³. De même et plus encore en matière de société : le contrat de société est complexe, il règle une situation à venir dont il est impossible de prévoir tous les éléments lors de sa conclusion, il met en jeu des éléments difficilement pondérables, tels que l'activité ou le talent de l'un des associés : comme le contrat de mariage, il forme un tout, et les avantages apparents qu'il comporte d'un côté seront souvent compensés par des stipulations désavantageuses. Mais, à la différence de ce que nous avons constaté pour le régime matrimonial, il n'existe ici aucune présomption ni en faveur de la gratuité ni en faveur du caractère onéreux, sauf celle de l'article 854, dont nous avons vu la portée restreinte qui lui est reconnue par la jurisprudence. Il appartiendra donc aux intéressés de prouver le caractère gratuit de la clause pour en tirer les conséquences⁴.

1^{er} déc. 1942, *Rispal c. Chiniard*, *J. C. P.*, 1943, II, 2192 (éd. N) et note Ed. Boix ; Pau, 27 janv. 1932, *S.*, 1932, 2, 125.

(1) *Civ. c.* 3 déc. 1912, précité.

(2) Voir Paris, 19 avril 1937, *Beccat et Jarre c. Soc. Paris-Anzin et autres*, *J. C. P.*, 1937, II, 385.

(3) Voir l'espèce soumise à la Cour de Bruxelles et analysée par SERVAIS, *Rev. trim.*, 1904, pp. 630-631, n° 121.

(4) Voir Paris, 19 avril 1937, précité. — Comp. la note de M. le doyen H. Rousseau, *S.*, 1924, 1, 305, § 3, sous Req. 13 avril 1921, *Edgard Duché c. conjoints Duché*.

La justification de la validité des donations indirectes réalisées par ce moyen est la même que dans le cas de vente à vil prix : la clause d'où résulte l'avantage indirect est abstraite, neutre, ce en sens que l'on ignore à quel titre elle a été consentie. Par là même, elle vaut en soi, son auteur ne peut revenir sur elle en en démontrant le caractère gratuit ; la clause participe de la nature de l'acte dans lequel elle est intégrée et offre, par conséquent, les mêmes garanties de protection de la volonté : elle vaut parce qu'elle est définitive et que, en la consentant, le donateur a conscience de cela.

Et cette condition sera plus facile à remplir qu'en matière de vente : il n'y a pas ici de rescision pour lésion : ce qui est seulement prohibé, c'est la clause léonine, celle qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices ou l'affranchirait de toute contribution aux pertes ; la jurisprudence étend la nullité à la clause qui, en soumettant la cession des actions ou leur transmission à cause de mort à un agrément assorti d'une obligation éventuelle de préemption, n'assurerait pas la reprise des actions à leur juste prix¹. « Le titre onéreux possède ici une valeur d'ordre public », écrit Jossierand². Sous réserve du cas particulier des clauses de préemption, cela n'est vrai qu'en ce sens qu'il faut que chacun participe aux bénéfices et contribue aux pertes ; mais peu importe dans quelles proportions : à condition de ne pas fixer cette contribution à des chiffres ridicules qui la suppriment même en apparence, les parties se voient ouvrir les plus larges possibilités de réaliser par ce moyen des donations indirectes.

SECTION III

LE BAIL À VIL PRIX

Une donation indirecte peut également s'insérer dans un bail : ce sera le cas si le loyer est fixé à un chiffre qui ne correspond pas à la valeur locative réelle. Encore faut-il que ce défaut de concordance provienne d'une intention libérale, et non pas d'une erreur d'appréciation ou du fait des circonstances. La Cour de cassation en déduit tout naturellement que c'est seulement si l'avantage existe au moment même de la conclusion du bail qu'il peut y avoir donation indirecte : « un bail qui serait fait... moyennant un prix représentant la valeur réelle de l'immeuble au moment du bail ne présenterait aucun avantage susceptible de rapport, quel que pût être le revenu réel à l'époque du décès du bailleur »³. La donation qui existera en pareil cas sera une donation indirecte, et non pas, comme l'indiquent à tort de nombreux arrêts⁴, une donation déguisée : il est contradictoire de donner à l'acte cette qualification tout en constatant que le prix a été payé⁵.

(1) Req. 11 sept. 1940, Soc. « Le Messin » c. consorts Heuly, *S.*, 1942, 1, 23, *D. C.*, 1942, J., 116, et note P. CORDONNIER ; toutefois, les derniers arrêts de la Cour de cassation sont moins catégoriques : Req. 16 nov. 1943, Charbonnel c. Établissements « Au Planteur de Caïffa », *S.*, 1944, 1, 15, et les conclusions de M. l'avocat général Picard.

(2) *Les mobiles*, n° 286, p. 358.

(3) Civ. c. 29 juill. 1863, Haye c. consorts Haye, *S.*, 1864, 1, 79, *D. P.*, 1864, 1, 110.

(4) Par ex. : Caen, 26 janv. 1880, Hays c. Leroy et Paton, *S.*, 1880, 2, 105, *D. P.*, 1882, 2, 49, cassé pour un autre motif par Civ. 19 déc. 1882, *S.*, 1883, 1, 260, *D. P.*, 1883, 1, 343.

(5) Voir J. ROUSSEAU, thèse citée, n° 31.

Cette donation indirecte sera valable, ici encore, pour les mêmes raisons : elle résulte d'une clause abstraite, qui a pu être conçue à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux, et dont le caractère définitif existe dès l'origine : il n'est pas question de rescision ; il suffit que le prix ait une apparence sérieuse, que le bail ne soit pas consenti *nummo uno*, auquel cas il porterait en lui-même la preuve de sa gratuité et ne serait plus valable.

*
*
*

Dans cette seconde partie, nous nous étions proposé la recherche du fondement de la validité des donations indirectes et, en conséquence, d'un critère de l'institution. Y sommes-nous parvenu ?

Il nous semble que les textes du Code admettent implicitement et parfois expressément l'existence de donations indirectes, mais ils sont impuissants à fixer les contours précis de cette notion ; la jurisprudence a dû combler cette lacune : elle l'a fait de manière hésitante, et ses solutions s'accordent parfois difficilement entre elles. Il nous semble toutefois qu'un principe général peut fixer le domaine des donations indirectes reconnues valables : elles se réalisent par un acte à la fois abstrait et définitif : abstrait en ce sens que l'acte, ou la clause de l'acte, d'où résulte la donation n'indique pas sa cause, gratuite ou onéreuse ; définitif en ce sens que l'acte est valable par lui-même et que le donateur n'a pas la possibilité de l'anéantir par une simple manifestation de volonté de sa part. Mais le second caractère n'est exigé, comme le premier, que pour assurer la protection de la volonté du donateur : ce sont en quelque sorte des formes de substitution, des formes jurisprudentielles, destinées, comme les formes normales, à assurer le caractère réfléchi de l'acte. Les tribunaux ont consacré les conséquences de cette idée, et ils ont assorti ces formes jurisprudentielles des sanctions mêmes que le Code avait prévues pour les formes normales, en faisant produire effet à la donation indirecte irrégulière en la forme mais volontairement exécutée par le légataire universel¹.

Ce sont des raisons analogues qui ont été invoquées en ce qui concerne les donations déguisées : le déguisement constitue lui aussi une formalité jurisprudentielle, il révèle chez son auteur une volonté ferme de donner, à condition que ce déguisement soit complet. Mais, si le principe de validité est le même², la mise en œuvre en est bien différente : les arrêts l'ont trop souvent oublié et qualifient donations déguisées des actes qui ne sont en réalité que des donations indirectes : de sorte que les donations indirectes doivent être individualisées par rapport à deux groupes différents d'actes avec lesquels une confusion est possible : les donations directes, valables seulement si elles sont revêtues de la forme authentique ; les donations déguisées, valables sous seings privés mais à condition qu'il y ait un déguisement réel et sérieux.

L'intérêt de cette seconde distinction nous paraît être double : d'une part, le déguisement, qui est une simulation, est soumis à l'article 1321 : les tiers de bonne foi auront le choix, en présence d'un acte simulé, ou d'en accepter l'efficacité à leur égard ou d'exiger qu'il ne soit tenu compte que de l'acte apparent : c'est pourquoi, par exemple, contrairement à la jurisprudence, nous ne pensons pas que la révocation de la donation, dans les cas où elle est possible en principe, puisse être exercée à l'encontre d'un tiers de bonne foi s'il s'agit d'une donation déguisée³ ; s'il s'agit d'une donation indirecte, l'article 1321 est hors de cause⁴ : il y a acte neutre et non pas acte simulé ; en utilisant ce moyen de gratifier autrui, on ne trompe pas nécessairement la légitime confiance des tiers, et il est impossible de poser en principe que les sous-acquéreurs échapperont toujours à l'action en

(1) Req. 17 janv. 1934, Meyer c. Lachenal, précité, *D. H.*, 1934, 164 ; *S.* 1934, 1, 230. — Voir JOLIVET, thèse citée, p. 128.

(2) Voir aussi J. ROUSSEAU, thèse citée, n^{os} 198 sq.

(3) Cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3, sect. 2, § 3.

(4) J. ROUSSEAU, thèse citée, n^o 199.

révocation. Mais, même entre les parties, et en vertu de textes particuliers sur lesquels nous aurons à revenir, il est des cas où la donation indirecte est permise, mais non la donation déguisée : c'est le cas par exemple entre époux, en vertu de l'article 1099. Alors nous sortons du domaine des règles de forme pour pénétrer dans celui des règles de fond : nous aurons à nous demander si la définition de la donation déguisée est la même suivant qu'il s'agit d'appliquer les unes ou les autres.

En tout cas, et pour nous limiter au point de vue de la forme, la donation indirecte est une véritable institution jurisprudentielle, dont les règles sont sanctionnées par le contrôle de la Cour de cassation. Sans doute, celle-ci a-t-elle paru parfois laisser aux juges du fond un pouvoir souverain pour prononcer la nullité d'un acte ayant, dans la forme aussi bien qu'au fond, les caractères d'une pure libéralité¹. Mais ce paraît être là une décision isolée, regrettable certes, et rendue au surplus en un cas où le pouvoir souverain des juges du fond s'était exercé dans le sens de la nullité. La Cour de cassation n'a pas manqué, depuis, d'affirmer son pouvoir de contrôle : « une donation sous la forme d'un acte à titre onéreux est valable si elle est faite conformément aux règles exigées pour le contrat sous lequel elle est déguisée ; il appartient à la Cour de cassation de déterminer si les formes d'un contrat à titre onéreux ont été employées et quel est le caractère apparent du contrat »² : c'est seulement sur le point de savoir si l'acte constitue réellement au fond une libéralité que s'exerce souverainement le pouvoir d'appréciation des juges du fond³.

(1) Req. 22 avril 1913, de La Houssaye c. veuve Legrand, *D. P.*, 1914, 1, 193.

(2) Req. 11 juin 1925, Lemoine c. Brault, *S.*, 1927, 1, 15, *D. H.*, 1925, 447, commenté par M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1925, pp. 634-635, n° 7. Ces solutions étaient déjà affirmées dans : *Civ. c.* 11 fév. 1896, Van de Vin c. Brimont, *S.*, 1896, 1, 69, *D. P.*, 1896, 1, 153 ; dans l'espèce, la Cour de cassation qualifiait l'opération de donation déguisée.

(3) Sur ce pouvoir d'appréciation, voir par ex. : Req. 9 juill. 1879, Lengrand c. Lengrand, *S.*, 1881, 1, 205 (à propos d'un cas inexactly qualifié de donation déguisée). Toutefois ce pouvoir d'appréciation ne peut s'exercer qu'à condition de ne pas violer une règle légale ; ainsi la Cour suprême a cassé un arrêt qui avait déclaré qu'une assurance sur la vie souscrite par un mari au profit de sa femme l'était à titre onéreux, à titre d'indemnité pour un engagement contracté par la femme dans l'intérêt de la communauté ; cet arrêt méconnaissait le principe que les récompenses dues à un époux par la communauté ne peuvent être réglées qu'après la dissolution de celle-ci et que, pendant la durée du régime, il ne peut être constitué aucun propre en dehors des stipulations du contrat de mariage : *Civ. c.* 22 fév. 1893, Mauduit c. Mauduit, *D. P.*, 1893, 1, 401 et note PLANIOL, *S.*, 1894, 1, 65 et note LABBÉ.

TROISIÈME PARTIE

LES DONATIONS INDIRECTES DOIVENT RÉSPÉCTER LES RÈGLES DE FOND DES DONATIONS

Les raisons que nous venons de considérer comme justifiant la validité des donations indirectes présentent une analogie singulière avec celles qui, pour les auteurs de droit international privé, justifient l'application aux règles de forme, et spécialement aux formes des donations, de la maxime *locus regit actum*. Les règles de forme sont « les dispositions qui, en appelant l'attention des particuliers sur l'acte qu'ils vont faire, ont pour objet de garantir la sincérité et le caractère éclairé du consentement qu'ils vont donner ; la manifestation extérieure qu'elles imposent se reconnaît à ce qu'elle a pour effet de transformer ce qui n'était jusqu'alors qu'une simple velléité sans valeur juridique en consentement »¹ : dès lors, le but de protection individuelle poursuivi par ces règles devrait conduire à les soumettre à la loi nationale de l'auteur de l'acte. Si l'on applique la loi locale, ce n'est pas seulement parce que la loi nationale serait souvent incommode, c'est aussi parce que son élimination apparaît inoffensive : non seulement la protection individuelle est assurée par des règles de fond sur le consentement mais encore la loi locale, dans la mesure où elle s'applique, connaîtra sans doute aussi des formes, sinon équivalentes, du moins susceptibles de tenir lieu, avec une suffisante approximation, de celles de la loi nationale.

Si l'on transpose ces considérations sur le plan du droit interne, on justifiera de la même manière la validité des donations indirectes. On les dispensera de l'observation des règles de forme parce que le but que poursuivent celles-ci peut être atteint par d'autres voies ; mais, par une juste réciprocité, on les soumettra aux règles de fond des donations qui, elles, apparaissent inéluctables : et ceci est la conséquence de la démonstration que nous avons entreprise dans la première partie de notre essai : les donations indirectes présentent bien la nature de véritables donations. Il semblerait donc que notre travail soit terminé puisque nous avons, d'une part, justifié la dispense de forme des donations indirectes, et, d'autre part, posé le principe, qui paraît devoir s'appliquer automatiquement, de leur soumission aux règles de fond des donations.

Mais la simplicité apparente de cette dernière affirmation ne doit pas faire illusion. D'une part, il faut préciser quels sont les domaines respectifs

(1) Édouard SILZ, *Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle Locus regit actum en droit international privé*, thèse, Paris, 1929, n° 202, p. 362.

du fond et de la forme afin de délimiter exactement le champ d'application du principe énoncé : problème analogue à celui qui s'est posé en droit international privé, où maintes discussions subsistent, témoignant par là de sa complexité¹.

D'autre part, et surtout, même en supposant aplanie cette controverse préliminaire, il est faux que l'application aux donations indirectes des règles de fond se fasse automatiquement. Ainsi que nous le rappelions, le principe de la validité des donations indirectes est d'origine coutumière et jurisprudentielle ; c'est en consultant ces deux sources que l'on en peut fixer le domaine. La loi, au contraire, n'a, sauf sur quelques points particuliers et par de discrètes allusions, réglementé, en la forme comme au fond, que les donations notariées : c'est en fonction de ce cas particulier qu'elle a posé dans leur détail les règles de l'acceptation, de la révocation, du rapport, de la réduction, d'autres encore : ces règles ne peuvent être transposées telles quelles et sans aucune adaptation dans un domaine autre que celui pour lequel leurs modalités ont été définies. Forme et fond sont liés, nous avons eu l'occasion de le rappeler : nous avons vu ce lien sous l'un de ses aspects : la forme est destinée à assurer le respect de certaines règles de fond ; il en existe un autre : les modalités d'application de la règle de fond sont liées à la forme qui a été choisie. Sans vouloir anticiper sur nos développements futurs, n'en indiquons qu'un exemple : la réduction de la donation pour atteinte à la réserve dépend à la fois du montant de la donation et de sa date, or ce montant et cette date seront bien plus difficiles à déterminer s'il s'agit d'une donation indirecte que s'il existe un acte notarié. Chaque institution forme un tout dont toutes les règles sont liées, et dès que la jurisprudence fait échec, pour une raison quelconque, à l'une des règles posées par le législateur, elle est amenée fatalement, pour pouvoir appliquer les autres, à leur faire subir des adaptations.

S'il en était besoin, c'est encore en droit international privé que nous trouverions des exemples frappants de cette solidarité des règles d'une institution, poussée à un degré encore plus aigu : si, par application de la règle *locus regit actum*, les étrangers peuvent en France « se marier civilement ; selon les formes du droit français, quoi que dispose leur loi nationale », ce mariage civil, s'il n'est pas reconnu par leur loi nationale, sera régi quant à ses conditions de fond par la loi française² : « tout droit de création française ne peut plus obéir qu'à la loi française »³.

En matière de donation indirecte, et sur le plan du droit interne, les conséquences sont moins tranchées, car au lieu d'être en présence de deux systèmes parfaits et cohérents qui s'opposent, droit étranger et droit français, on est en présence, d'une part, d'un système tout formé, celui qui résulte de la loi et vise les donations formalistes, d'autre part, d'un système en voie de formation, celui de la jurisprudence, qui, après avoir reconnu la validité de donations non formalistes, peut chercher à appliquer en principe les règles générales de fond dont la loi a fait application aux donations notariées, mais en leur faisant subir les modifications nécessitées par la forme même dans laquelle elles sont réalisées. Ainsi la jurisprudence, qui est la source de la validité des donations indirectes, est en même temps la source de leur régime juridique. Mais, tandis qu'en proclamant leur vali-

(1) Voir par exemple l'exposé de la controverse au sujet de l'exigence par l'art. 932 de la notification de l'acceptation au donateur dans : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, n° 376, p. 465, *in limine*.

(2) NIBOYET, note au S., 1944, 2, 53, partie II, sous Toulouse, 14 décembre 1943, Touchet c. Ghattas.

(3) NIBOYET, note précitée, p. 55, col. 1.

dité nos tribunaux ont fait œuvre propre, *extra legem*, en organisant leur régime juridique, ils n'ont fait que leur adapter, selon des modalités différentes, des règles générales tirées de la loi elle-même. 

Les règles ainsi posées se rattachent tantôt aux conditions mêmes de la donation, tantôt à ses effets. Un chapitre sera consacré à chacune de ces catégories. Et c'est à propos de la première que nous serons amené, dans la mesure où il pourrait y avoir doute, à définir les limites entre conditions de forme, inapplicables, et conditions de fond, applicables sous le bénéfice de certaines adaptations¹.

Mais auparavant nous devons nous demander si le recours au mode indirect de réaliser une donation, dans les cas où il est matériellement possible, est toujours permis ; s'il n'est pas certaines catégories de donations qui ne peuvent être valablement réalisées que dans la forme authentique. Un premier chapitre sera consacré à cette question.

(1) Toutefois, il semble utile de faire ici une place à l'article 1097 : ce texte interdit les donations mutuelles et réciproques entre époux par un seul et même acte. La jurisprudence en a déduit, non sans quelque rigueur, l'interdiction de stipuler, même à titre d'accessoire dans un partage d'ascendant conjonctif, une réserve d'usufruit réversible au profit du survivant (Req. 26 mars 1855, dame Laurent c. demoiselle Catris, *D. P.*, 1855, 1, 63 ; Civ. c. 19 janv. 1881, Gelly c. Gelly, *D. P.*, 1881, 1, 181) : aux termes de ce dernier arrêt, « la disposition de l'art. 1121 C. civ. qui permet de stipuler pour un tiers, ne suffit point à justifier une dérogation à une règle d'ordre public établie pour assurer la révocabilité des donations entre époux ». Sur ce point, la loi du 7 fév. 1938 a heureusement levé la difficulté en modifiant l'art. 1097. De même, l'art. 73 de la loi du 13 juillet 1930 a écarté cette règle sévère en matière d'assurance sur la vie. Dès avant 1930, on avait tenté de l'écarter par deux motifs différents : d'une part, disait-on, une seule des deux libéralités produira effet, il n'y a donc pas libéralités réciproques (Civ. r. 28 mars 1877, syndic Théodat c. veuve Théodat, *D. P.*, 1877, 1, 241, *S.*, 1877, 1, 393, cité *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 2, § 2, II) : c'était oublier que, au moment de la stipulation, la réciprocité de chances existait bien ; d'autre part, disait-on, l'article 1097, simple règle de forme, ne s'applique pas aux libéralités indirectes, et notamment aux stipulations pour autrui (Conclusions de l'avocat général Bédarrides sur l'arrêt du 28 mars 1877, Théodat, précité, *D. P.*, 1877, 1, 244, col. 2, *S.*, 1877, 1, 401, col. 3 ; DE LOYNES, note *D. P.*, 1898, 2, 169, sous Bordeaux, 1^{er} avril 1897, du Pouget ; VINCENS, thèse, 1933, p. 166 ; PICARD et BESSON, t. IV, n° 84, b, p. 204). Cette raison nous paraît d'autant meilleure qu'il est douteux que l'exigence de l'article 1097 ait quelque utilité pour assurer la révocabilité entre époux. Cependant, la solution, — très heureuse, — qui excluait l'application de ce texte à l'assurance sur la vie réciproque s'accordait difficilement avec les motifs de l'arrêt qui appliquait le texte à la réversibilité de l'usufruit stipulée dans un partage conjonctif (Civ. 19 janv. 1881, précité). — Cf. aussi : *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 2, § 2, II.

CHAPITRE PREMIER

LE RECOURS A LA FORME INDIRECTE EST-IL PERMIS POUR TOUTES LES DONATIONS ?

La forme et le fond sont liés ; de ce principe, le législateur a tiré cette conséquence que, pour des motifs de fond, une ou plusieurs des formes habituellement possibles pour réaliser une donation seraient exceptionnellement inutilisables : dans ces cas, les formes de remplacement ou certaines d'entre elles n'auraient pas la même valeur protectrice que la forme notariée, c'est pourquoi elles sont prohibées.

De cette idée, il existe dans le Code civil deux applications, exprimées dans des termes fort rapprochés : toutes deux visent les donations déguisées ou faites par personnes interposées, lesquelles sont nulles lorsqu'elles ont lieu soit au profit d'un incapable, soit entre époux.

L'article 911, qui édicte la nullité des donations déguisées au profit d'un incapable paraît à première vue parfaitement superflu : les donations déguisées, si elles sont valables en principe, sont du moins soumises aux règles de fond des donations, et dès que leur nature véritable aura été découverte, elles ne pourront évidemment avoir plus de valeur qu'une donation qui, faite ouvertement et dans les formes authentiques au profit d'un incapable, aurait été nulle. La disposition de ce texte n'est pas cependant purement platonique : il est au moins une incapacité de recevoir à titre gratuit entre vifs qui n'est que partielle, c'est celle dont est frappé l'enfant naturel à l'égard de ses parents¹ : l'article 911 aura alors pour effet de frapper d'une nullité totale la donation déguisée faite au profit de cet enfant, au lieu de la réduire éventuellement dans les limites de la quotité légale².

De même, et de manière plus claire, l'article 1099, alinéa 2, précise que, entre époux, toute donation déguisée ou par personnes interposées sera nulle. Cette disposition a reçu en jurisprudence une application bien plus fréquente que la première, et c'est principalement dans des espèces qui y sont relatives que nous aurons à puiser nos exemples.

Ces textes ne visent expressément, pour en prononcer la nullité, que les donations déguisées : catégorie, nous l'avons vu, nettement distincte des donations indirectes : celles-ci paraissent donc bien échapper à cette nullité. Sans doute, à l'époque du Code, les deux catégories n'étaient-elles pas encore nettement individualisées et les confusions entre elles étaient fréquentes. Mais avant d'annuler, dans son second alinéa, les donations déguisées, l'article 1099 a rappelé, dans le premier, que « les époux ne pourront se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus », ce qui paraît bien reconnaître que les donations indirectes sont valables dans les mêmes limites que les donations notariées.

(1) Art. 908 C. civ.

(2) Voir RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 3510 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1464.

Il faut toutefois se défier des arguments de texte : les auteurs de l'article 1099 ont-ils bien entendu ces deux termes opposés de « donations déguisées » et « donations indirectes » dans le sens que nous leur donnons aujourd'hui ? Et même à l'heure actuelle ce sens est-il si net ? ne constate-t-on pas, entre les auteurs et entre les arrêts, des divergences considérables dans la qualification ? Parmi les actes que nous avons considérés comme donations indirectes, il en est beaucoup que les arrêts qualifient de donations déguisées : sans doute, certains le font dans des conditions telles que cela n'emporte aucune conséquence juridique, mais, dans d'autres espèces, l'effet direct de cette qualification est d'entraîner l'annulation de la libéralité par application de l'article 1099, alinéa 2, du Code civil.

Il y a donc, en jurisprudence, une tendance, dont nous étudierons chemin faisant les manifestations, à frapper de nullité, entre incapables ou entre époux, certaines des opérations que nous avons cru pouvoir ranger dans la classe des donations indirectes. Cette tendance est-elle justifiée ? il est nécessaire d'examiner cette question autrement que du point de vue exégétique. La méthode la plus normale nous paraît, ici encore, de rechercher la raison d'être de la nullité dont les articles 911 et 1099 frappent certaines donations déguisées : si cette raison est aussi valable pour les donations indirectes ou certaines d'entre elles, sans doute y aurait-il lieu de soumettre ces dernières au même régime.

A priori, on pourrait penser que les donations indirectes entre époux doivent être interdites aussi bien que les donations déguisées, parce que, comme elles, elles sont plus faciles à réaliser et plus difficiles à déceler qu'entre personnes étrangères.

Plus faciles à réaliser, elles le sont certainement : la complexité des rapports entre époux rend souvent nécessaire le recours à des présomptions, légales ou conventionnelles, à l'abri desquelles peuvent s'effectuer des donations indirectes : présomption insérée au contrat que la célébration du mariage vaudra quittance de la dot¹ ; présomptions de propriété : « si c'est intentionnellement, et dans une intention libérale, qu'un des conjoints, propriétaire d'un meuble ou de son prix d'achat, a placé ce meuble, dans des conditions telles qu'il soit compris dans une présomption de propriété convenue au profit de l'autre conjoint », il y a encore donation² ; ou même présomption de renonciation de l'article 1463 du Code civil³. Sans doute, à ces donations indirectes, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales paraît mettre un frein ; ce n'est souvent qu'une apparence trompeuse. D'une part, la Cour de cassation a proclamé, dans le fameux arrêt *Potier de La Morandière*⁴, que « tout acte intervenu entre les époux pendant le mariage, fût-il préjudiciable à l'un d'eux, ne modifie pas le pacte matrimonial, mais en assure seulement l'exécution lorsque, conformément aux prévisions du contrat de mariage, il aboutit à des résultats équivalents à ceux qu'ont voulu les époux », et cette limitation du champ

(1) Voir Req. 28 oct. 1925, Grenier c. époux Bleuze, S., 1925, 1, 296 : la présomption ne vaut que jusqu'à preuve contraire ; mais la difficulté de cette preuve laisse encore un certain champ à la donation indirecte. Voir aussi : Paris, 24 oct. 1938, dame Fournier c. Biguet, D. P., 1939, 2, 95, et note L. MAGUET.

(2) Voir SAVATIER, note J. C. P., 1945, II, 2784, § II, B, sous Aix, 17 fév. 1944, da Silva et Odier c. Bertrand. — Voir toutefois une limite au jeu de ces présomptions dans : Trib. civ. Seine, 4 avril 1941, *Gaz. Pal.*, 1941, 2, 153.

(3) Req. 28 oct. 1925, Grenier c. époux Bleuze, précité, S., 1925, 1, 296 ; comp. Riom, 15 fév. 1945, Vialette c. Cellierier, S., 1945, 2, 40, qui fonde une solution exacte sur des motifs qui paraissent erronés.

(4) Req. 17 mai 1938, Potier de La Morandière c. dame Le Gualès de Mézaubran, D. P., 1938, 1, 73, et note E. P. ; S., 1939, 1, 137 et note MOREL.

du principe laisse place à bien des actes qui, sous couleur d'une équivalence largement appréciée, avantagent en fait l'un des époux : c'est ainsi que l'on considère comme valable, en dépit de l'article 1395, la clause d'annexe de propres¹. D'autre part, et surtout, ce principe de l'immutabilité, dont le but est d'assurer l'équilibre des patrimoines en présence, cesse de s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une donation, acte dont le but est, par définition, d'accroître l'un des patrimoines au détriment de l'autre ; il ne fait même pas obstacle aux donations indirectes, quoique celles-ci ne révèlent pas leur nature, et l'un des époux pourrait parfaitement, semble-t-il, renoncer à une créance née à son profit du contrat de mariage, dans le but de gratifier son conjoint².

Plus faciles à réaliser entre époux, les donations indirectes seront par là même plus difficiles à déceler : elles sont effectuées par des modes dont rien n'indique extérieurement la cause, gratuite ou onéreuse, ceci ne leur est pas particulier ; mais, ce qui leur est propre, elles viendront s'insérer dans un ensemble où, soit matériellement, soit psychologiquement, il sera extrêmement difficile de retrouver la cause de l'acte : matériellement, la contre partie devrait être recherchée dans l'ensemble des transmissions de valeurs, virtuelles ou acquises, produites entre les époux ; psychologiquement, dans les rapports pécuniaires entre époux, l'affection réciproque vient si souvent se mêler à un désir de sauvegarder ses intérêts qu'il pourra être très difficile de dire lequel de ces deux sentiments aura, à propos de chaque disposition ou de chaque acte matériel, été prépondérant.

Il semblerait donc que cette plus grande facilité de réaliser des donations indirectes et cette plus grande difficulté de les déceler aurait pu conduire le législateur à prohiber les donations indirectes entre époux. L'argument, toutefois, n'est pas décisif. La même facilité et la même difficulté que nous venons de décrire brièvement pour les donations entre époux au cours du mariage se rencontrent pour les donations indirectes insérées dans le contrat de mariage : or, en cette matière, le législateur a adopté une attitude exactement inverse : en cas de premières noces tout au moins, les avantages matrimoniaux sont présumés, de manière presque irréfragable, nous l'avons vu³, constituer des conventions de mariage et entre associés, des avantages consentis à titre onéreux. Pourquoi un traitement aussi rigoureusement opposé serait-il fait aux donations indirectes consenties au cours du mariage ?

Il faut donc pousser plus loin la recherche. C'est, ici encore, une présomption que nous rencontrons : elle ne porte plus sur la nature gratuite ou onéreuse de l'acte, mais sur la nature du mobile qui a guidé l'intention libérale. Si les articles 911 et 1099 annulent les donations déguisées qu'ils visent, c'est parce qu'ils les considèrent comme frauduleuses, parce qu'ils les frappent d'une présomption de fraude : nous entreprendrons dans une première section la démonstration de cette idée ; dans la seconde, nous essaierons d'en dégager les conséquences en la matière, qui seule nous intéresse ici, des donations indirectes.

(1) Voir sur cette clause : Trib. Lisieux 21 nov. 1934, dame Bigot c. Bigot, *S.*, 1939, 2, 102, et note H. R. ; Trib. Laval, 25 janv. 1939, d'Aubert c. d'Aubert, *eod. loc.*, et *D. P.*, 1939, 2, 60, et note M. NAST ; Poitiers, 4 juin 1940, dame David c. David, *D. H.*, 1940, 155.

(2) *Sic* : SAVATIER, *De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, *Rev. trim.*, 1921, pp. 93-121, not. pp. 101-103.

(3) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 2.

SECTION PREMIÈRE

LE FONDEMENT DES ARTICLES 911 ET 1099 DU CODE CIVIL

Nous n'avons point l'intention, étant donné le but que nous poursuivons, de reprendre en détail l'étude de ces deux textes, notamment du second, et de la sanction dont il frappe les donations déguisées entre époux : la jurisprudence n'est pas toujours nettement fixée ni acceptée sans protestation ; dans l'ensemble cependant, il est possible de rattacher ses solutions à un point de vue cohérent, celui-là même dont nous entreprenons la démonstration. Nous verrons que l'idée de présomption de fraude est justifiée soit que l'on envisage la nature de la disposition frappée, soit que l'on considère le mode de sanction lui-même.

Le déguisement n'est pas autre chose qu'une simulation, et le recours à la simulation peut s'expliquer par des raisons diverses, que M. Pic¹ rangeait sous trois chefs en distinguant la simulation bienfaisante, qui vise à faire échapper l'acte à certaines règles, notamment aux règles de forme, la simulation simplificatrice, par laquelle on veut aplanir les difficultés découlant de la conclusion de l'acte sous sa forme normale, et enfin la simulation frauduleuse, qui prétend masquer la violation de prescriptions légales d'ordre public. Les donations déguisées rentrent souvent dans la première catégorie ; les parties ont alors pour seul but, sur le terrain du droit privé tout au moins, d'échapper aux formalités gênantes de l'authenticité : ce qui, dans l'état actuel de la jurisprudence, ne constitue pas une fraude à la loi, car précisément, grâce aux exigences posées quant à la qualité du déguisement, celui-ci est devenu une véritable formalité de remplacement. Ainsi le déguisement ne manifeste-t-il pas nécessairement une intention frauduleuse : celle-ci n'existerait que si le donateur avait voulu, non seulement réaliser son acte dans une forme moins onéreuse et plus commode, mais encore le dissimuler aux intéressés en vue de le soustraire à l'application des règles de fond des donations : de droit commun, le respect de la réserve est surtout la règle que l'on cherche à éluder ; entre époux, s'y ajoute la règle essentielle de la révocabilité, inscrite dans l'article 1096.

Or, entre époux, ces fraudes sont particulièrement à craindre, non seulement parce qu'il existe ici une règle que l'on ne retrouve pas ailleurs et à laquelle on cherche à échapper, mais aussi et surtout parce que, ainsi que nous venons de le rappeler, l'affection que se portent les époux les incitera davantage à se soustraire aux règles protectrices de leur liberté et de leur famille, et que l'enchevêtrement de leurs intérêts rendra plus faciles et moins décelables les actes par lesquels ils auront cherché à s'avantager. Si l'on ajoute à cela que le Code fut rédigé à une époque où la famille était moins disloquée qu'aujourd'hui et où le besoin se faisait moins sentir de favoriser les dispositions entre époux, on comprendra que le législateur ait traduit sa méfiance, dans l'article 1099, en frappant de nullité les donations déguisées entre époux, parce qu'il les présume frauduleuses.

A cette explication correspondent les modalités auxquelles la jurisprudence a soumis le jeu de ce texte. La nullité ne peut être demandée que par les héritiers réservataires², mais elle peut l'être même si en fait

(1) Note au *D. P.*, 1929, 1, 25, sous *Civ. c.* 11 avril 1927, consorts Sauvage c. Soc. anonyme de la Banque Petitjean et C^{ie}.

(2) *Req.* 25 juill. 1881, *Bornot c. Bornot*, *S.*, 1882, 1, 49 et note LABBÉ, *D. P.*, 1882, 1, 177 ; *Civ.* 22 juill. 1884, *Boisset c. Benoît*, *D. P.*, 1885, 1, 164, *S.*, 1885, 1, 112 ; *Beu-*

la réserve n'a pas été atteinte¹ : en effet, la fraude n'a d'intérêt pratique qu'en présence d'héritiers réservataires puisque, autrement, le donateur a la faculté de disposer librement de son patrimoine — sous réserve du cas d'incapacité du donataire, régi par l'article 911 — ; mais cette fraude peut se produire même si en fait la réserve n'a pas été entamée : elle tend alors à en modifier les bases de calcul et à permettre au donateur d'employer la quotité disponible apparente à faire d'autres libéralités qui, elles, pourront être ostensibles. Par ailleurs, la nullité peut être prononcée même si la donation déguisée est consentie, non pas au cours du mariage, mais dans le contrat de mariage lui-même² : la fraude est donc présumée d'après le seul déguisement de la disposition, quels que soient et le moment auquel cette disposition a été consentie et l'acte dans lequel elle est contenue.

Nous avons fondé cette nullité sur une présomption de fraude, qui semble être d'après la jurisprudence une présomption de fraude à la réserve. Mais une objection peut venir à l'esprit : soit, nous dira-t-on, les circonstances dans lesquelles se présente l'opération peuvent la faire soupçonner de fraude, mais en quoi cette fraude est-elle apte à engendrer une nullité ? La Cour de cassation, dans des arrêts dont les uns sont très anciens³ et les autres tout récents⁴, a proclamé « que les libéralités déguisées, entre personnes capables de donner et de recevoir, sont valables jusqu'à concurrence de la quotité disponible ; qu'il en est ainsi, même lorsque ces libéralités, par suite d'un concert entre les stipulants, tendent à porter atteinte à la réserve des héritiers »⁵. Si la fraude prouvée à la réserve ne porte pas atteinte à la validité de l'opération, comment en serait-il autrement d'une fraude présumée ? Il faudrait donc chercher un autre fondement à la disposition de l'article 1099.

L'objection n'est peut-être pas aussi déterminante en réalité qu'il pourrait le sembler au premier abord : sans doute il est de toute manière regrettable que la Cour de cassation n'ait pas cru devoir poser le principe que la fraude à la réserve est sanctionnée par la nullité, et non pas par la simple réductibilité de l'opération ; mais on comprend après tout qu'elle ait réservé cette sanction pour les cas les plus graves, où cela était d'ailleurs imposé par la loi elle-même : lorsque la donation a lieu entre d'autres personnes que les époux, il existera souvent d'autres moyens techniques de sanctionner l'attitude du bénéficiaire de la libéralité, soit la nullité pour cause immorale ou illicite, soit les pénalités du recel civil ; d'autre part, la fraude sera moins grave par le fait même que, consentie entre personnes dont les intérêts sont naturellement moins liés, elle sera plus facilement décelable.

En tout cas, le principe général est bien que la fraude, c'est-à-dire la

DANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VII par VOIRIN, n° 522, p. 335, texte et note 3 ; RIBERT et BOULANGER, t. III, n° 3847.

(1) Civ. r. 30 avril 1941, époux Thomas c. époux Laurens, précité, *S.*, 1941, 1, 148 ; *D. C.*, 1942, J., 6, note M. N. ; *J. C. P.*, 1941, II, 1727, note VOIRIN.

(2) Voir les arrêts cités par E. H. PERREAU, note au *J. C. P.*, 1941, II, 1714, § III, d, sous Montpellier, 26 fév. 1941, dame Vidal veuve Rey de Lacroix c. dame Rey de Lacroix et autres.

(3) Civ. c. 13 déc. 1859, époux Berthon c. héritiers Leroux de Lens, *D. P.*, 1859, 1, 503, *S.*, 1860, 1, 624.

(4) Req. 1^{er} juin 1932, Dreyfus-Gonzalès c. époux de Lyrot et autres, *S.*, 1932, 1, 340, *D. P.*, 1932, 1, 169, 2^e esp. et note R. SAVATIER ; Req. 11 déc. 1934, époux Jourdan et autres c. Calmels, *S.*, 1935, 1, 63. — Voir toutefois : Req. 3 août 1920, époux Millot c. Bidet et autres, *S.*, 1921, 1, 27 : dans cette espèce toutefois, il y avait de plus fraude aux créanciers.

(5) Req. 11 déc. 1934, cité à la note précédente.

volonté immorale d'évincer la loi, a pour effet de frapper de nullité l'acte qui en est infecté : *fraus omnia corrumpit*¹. « Tout acte entaché de dol ou de fraude contre un contractant, contre un tiers, contre le fisc, contre l'ordre public en cherchant à tourner la loi, est un acte nul. Les tribunaux, dès que le but de l'acte est établi, doivent prononcer cette nullité. Il est inadmissible que l'acte qui poursuit un but antisocial soit maintenu et que les juges en ordonnent l'exécution². » Et la nullité pourra être demandée même par une personne contre laquelle l'acte n'est pas dirigé : c'est ainsi qu'au cas de fraude aux droits des tiers, l'une des parties pourra demander la nullité : l'acte étant un délit civil, un piège tendu à la bonne foi des tiers, on doit permettre à la partie qui veut effacer la fraude de réaliser ce but désirable³.

On ne voit pas de raison d'appliquer en matière de donation des règles différentes, et si, nous venons de le dire, la jurisprudence ne considère pas comme dirimante la fraude à la réserve, plusieurs arrêts ont par contre affirmé que les donations déguisées n'étaient valables que si elles étaient faites « sans fraude »⁴. C'est sans doute par le recours à ces principes généraux que s'explique un arrêt de la Cour de Colmar du 28 mars 1928⁵. Il s'agissait d'un contrat de mariage, passé en Alsace et Lorraine en 1924, en vertu des lois transitoires qui accompagnèrent la réintroduction partielle du droit français dans ces provinces et dérogeaient au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, contrat passé entre deux époux mariés depuis plus de quarante ans, et trois jours avant le décès de l'un d'eux, portant adoption de la communauté universelle du droit français avec attribution au survivant de la totalité de la communauté. Comme le note l'éminent commentateur⁶, contrairement au texte de l'arrêt, il n'y a pas donation déguisée, car il n'y a pas de simulation : « les époux n'avaient pas « dissimulé » leur intention libérale sous le voile d'une convention de mariage, de la nature de celles que prévoient les articles 1525 et suivants du Code civil. Ils avaient « réellement » réalisé leur intention sous la forme

(1) Voir JOSSERAND, *Les mobiles*, nos 171-191, pp. 214-240 ; G. RIPERT, *La règle morale*, nos 160-176, pp. 309-356 ; DEMOGUE, *Oblig.*, t. I, nos 338 sq. On objecterait vainement, croyons-nous, qu'en droit international privé, l'acte entaché de fraude à la loi française est seulement frappé d'inopposabilité : cela tient à un motif qui est sans équivalent en droit interne, à l'existence de souverainetés concurrentes de celle de la France : comme l'a écrit M. NIBOYET, « lorsqu'une naturalisation a été conférée par un gouvernement étranger, nous n'avons ni la qualité, ni le moyen de la frapper de nullité. Nous pouvons refuser de nous la laisser opposer, mais rien de plus, et aller plus loin serait à la fois un geste vain comme un empiètement sur le droit administratif étranger » (NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, n° 1090, p. 659). Ce raisonnement est d'autant plus symptomatique que l'éminent internationaliste pense que, même en droit interne, la fraude à la loi est sanctionnée par une simple inopposabilité (*op. cit.*, p. 658). Au contraire, la Cour de cassation, même en droit international privé, parle de nullité : voir l'arrêt de Req. 11 janvier 1933, *Gaz. Pal.*, 1933, I, 683, cité par M. NIBOYET, *op. cit.*, p. 659.

(2) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 346, p. 542.

(3) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 349. L'auteur cite deux catégories d'applications jurisprudentielles de ce dernier principe. Elles concernent, d'une part, les conventions en vue de frauder le fisc (p. 547, texte, notes 3, 4, 5, 6, et références) et, d'autre part, celles destinées à tourner une règle légale (p. 548, texte, notes et références).

(4) Req. 3 déc. 1878, Rebeyrol-Chameyrat c. Marie Soirat, épouse Lachaize, *S.*, 1879, I, 72 ; *D. P.*, 1879, I, 271 ; Civ. 3 nov. 1896, époux Parrat c. Vocanson, *D. P.*, 1897, I, 584. — Voir aussi : OSSER, thèse, 1944, pp. 109 sq.

(5) Gilbert Palée c. veuve Palée, *D. P.*, 1929, 2, 84, note H. DESBOIS, *S.*, 1929, 2, 17, note J.-P. NIBOYET.

(6) DESBOIS, note précitée, II, p. 86, col. 1.

d'une convention de cet ordre. Loin de faire semblant de choisir une catégorie juridique différente de celle des donations entre vifs, soumises comme telles à une action éventuelle en réduction, ils avaient eu la ferme volonté de recourir aux conventions modificatives du partage par moitié de la masse commune, affranchies de la menace d'une action en réduction de l'héritier réservataire ». Mais si la qualification donnée par la Cour ne paraît pas exacte, sa décision n'en doit pas moins être maintenue : il y a eu fraude aux droits des réservataires, qui entraîne l'annulation : si M. Niboyet¹ paraît admettre que cette annulation doit être totale, M. Desbois soutient, quant à lui, qu'elle ne saurait être que partielle. Cela ne nous semble pas exact : sans doute, l'acte ne nuisait illégitimement au réservataire que dans la mesure de sa réserve ; mais l'annulation pour fraude a un but répressif en même temps que réparateur : par une sanction exemplaire, on assure la prévention des fraudes : le donateur cherchera moins souvent à dissimuler son acte en vue de le faire échapper à la réduction s'il sait que sa découverte après une tentative de dissimulation aura pour effet de l'annuler totalement au lieu d'aboutir seulement à sa réduction.

C'est ainsi que s'explique la règle de l'article 1099 : le déguisement y est sanctionné par une nullité totale parce qu'il est présumé frauduleux, et parce que le danger qu'il présente alors est tel que le législateur a édicté une sanction sévère dans le but de l'empêcher. Certains auteurs, étudiant la réserve, ont même cru pouvoir généraliser cette nullité : « en cas de déguisement frauduleux, dit M. Jeantet, les tribunaux vont même jusqu'à substituer la nullité à la réduction, pour frapper avec plus de force, et malgré la règle admise en vertu de laquelle l'action en réduction est la sanction propre du droit à la réserve »². Ce point de vue, qui nous a paru juridiquement fondé, ne correspond pas, nous l'avons dit, à l'état actuel de la jurisprudence.

Par conséquent, les donations passées frauduleusement, dans le seul but de porter atteinte à la réserve, devraient être frappées de nullité totale; c'est également cette nullité totale qui s'applique, et cette fois même en jurisprudence, aux donations déguisées entre époux ou destinées à des incapables³. Tels sont les éléments du problème qui vont nous permettre de rechercher si les donations indirectes doivent, elles aussi, être dans les mêmes conditions frappées de nullité.

SECTION II

LES DONATIONS INDIRECTES ET LES ARTICLES 911 ET 1099

De cette idée de nullité pour fraude, une première conséquence nous paraît découler : toutes les fois qu'il sera prouvé que la donation indirecte a été réalisée dans un but de fraude, avec l'intention notamment de frustrer les réservataires de leurs droits, elle sera frappée d'une nullité absolue. De cette idée, l'on ne trouve pas d'applications expresses en jurisprudence : les tribunaux, en effet, en présence d'une donation indirecte entre époux qu'ils veulent annuler, la qualifient de donation déguisée

(1) Note précitée, § 4.

(2) F. C. JEANTET, thèse citée, Conclusion, n° 334, p. 459.

(3) Sur l'article 911, voir : Douai, 6 juillet 1932, *Bavencof-Tartare c. Bellet-Lagache*, S., 1933, 2, 47, et les références indiquées en note, ainsi que celles données par COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1464. — Sur l'art. 1099, voir en dernier lieu : Civ. r. 30 avril 1941, *époux Thomas c. époux Laurens*, précité.

et lui font application de l'article 1099 du Code civil¹ : n'y a-t-il là qu'un vice de terminologie, ou bien faut-il, sous ce vice, découvrir une vérité générale, à savoir que, comme les donations déguisées, les donations indirectes entre époux ou au profit d'un incapable doivent être frappées de nullité en vertu des articles 911 et 1099 ?

Une telle affirmation serait beaucoup trop générale. Sans doute, lors de la rédaction du Code plus encore qu'aujourd'hui, les domaines respectifs de la donation indirecte et de la donation déguisée n'étaient pas nettement délimités. Cependant le terme même de déguisement implique l'existence d'une simulation, et, si celle-ci peut être entendue en un sens large, il y a des cas de donation indirecte que, de toute manière, l'on ne peut y faire rentrer : la stipulation pour autrui, par exemple, dont d'ailleurs la loi de 1930 implique, dans le domaine de l'assurance sur la vie, la validité entre époux.

Du moins a-t-on soutenu que, pour qu'il y ait donation déguisée, au sens des articles 911 et 1099, une véritable simulation n'était même pas nécessaire : la simulation n'est dirimante que parce que révélatrice de fraude ; « il suffit seulement qu'un acte frauduleux, ou qui tend à l'être, soit l'expression d'une intention de gratifier. Ceci peut se manifester par des actes, non simulés mais volontairement disjoints, ou bien par la dissimulation. Cette dernière consiste essentiellement à esquisser un acte dont on ignore la cause et les conséquences, ou à employer une forme qui ne révèle rien par elle-même et qui s'applique aussi bien à une donation qu'à un acte onéreux ; tel est le cas des actes abstraits »². Vainement prétendrait-on, selon cet auteur, que « l'acte neutre ne dit pas toute la vérité, mais il ne trompe pas »³ : « non seulement il ne la dit pas toute, mais il ne dit absolument rien, ce qui en fait une forme trompeuse »⁴. De sorte que le déguisement constituerait une notion propre, distincte de celle de simulation, et dont le critère se trouverait dans une intention.

L'exposé de la thèse n'est pas absolument précis : après avoir paru confondre déguisement et simulation et donner à cette dernière notion une extension inaccoutumée, on reconnaît que les deux choses sont distinctes et qu'il peut y avoir déguisement sans simulation. Mais ce qui frappe surtout c'est l'extension considérable que cette thèse peut conduire à donner à la nullité : l'auteur l'applique à toutes les donations par actes abstraits, et sans doute la logique le conduirait-elle à l'appliquer de même aux avantages indirects inclus dans un acte onéreux et aux stipulations pour autrui, où l'acte « ne dit absolument rien ». La rigueur de ces conséquences doit faire douter de l'exactitude du principe qui les postule.

Car il existe entre la donation indirecte et la donation déguisée, entre la simulation et la dissimulation, entre le mensonge positif et le simple silence, une différence psychologique qui peut être considérable : il est des actes neutres qui ne trompent personne : sans doute, ils peuvent être réalisés à titre onéreux comme à titre gratuit, mais en fait, à leur seule vue, on pressent la gratuité : nous avons cité l'assurance sur la vie au profit d'un tiers ; à un moindre degré, il peut en être de même pour le transfert de titres nominatifs et, d'une manière générale, pour les actes abstraits,

(1) Voir, outre Colmar, 28 mars 1928, précité : Civ. r. 13 janv. 1897, époux Dumont-pallier c. consorts Charière, *D. P.*, 1897, 1, 273, et note L. SARRUT ; Req. 11 mars 1862 ; Azéma c. Danos, *D. P.*, 1862, 1, 277 ; Trib. civ. Seine, 24 déc. 1901, analysé par E. PILON, *Rev. trim.*, 1902, pp. 909-931, n° 25.

(2) NOUVEAU, thèse précitée, pp. 99-100.

(3) M. CLOS, thèse précitée, p. 78.

(4) NOUVEAU, thèse précitée, p. 100, note 1.

dont l'effet patrimonial est connu, apparent. Pour les avantages indirects inclus dans un acte onéreux, la question n'a qu'un intérêt restreint : en vertu de motifs divers dont l'un est sans doute la crainte qu'elles ne servent à réaliser des donations indirectes, la loi interdit en principe, et sauf exceptions limitées, la vente entre époux¹, tandis que la jurisprudence a prohibé les sociétés entre époux² ; quant au bail, il se conçoit difficilement, du moins sous les régimes communautaires.

Restent enfin ces opérations « contractées » d'achat sous le nom d'autrui ou pour le compte d'autrui dans un but libéral : ce sont, en principe, des libéralités indirectes. Mais il faut reconnaître qu'elles peuvent prêter à la fraude, et c'est à leur propos que la jurisprudence a eu le plus souvent l'occasion de prononcer l'annulation.

Le moyen juridique d'y parvenir eût été, semble-t-il, le suivant. A soi seul le recours à cette forme ne révèle pas l'intention frauduleuse, et l'on est en dehors de la présomption légale de fraude de l'article 1099. Mais il est toujours possible d'annuler l'acte sur la base d'une fraude prouvée, dont, dans chaque cas, les tribunaux apprécieront souverainement l'existence. Et presque toujours, lorsque ces achats au nom d'autrui auront été faits par l'un des époux en vue de gratifier son conjoint, s'il existe des héritiers réservataires, ils admettront que c'est en vue de frauder ces derniers que la donation a été réalisée. L'inspiration qui a guidé les auteurs de l'Édit des secondes noces se retrouve ici : les tribunaux frappent de nullité les opérations plus ou moins complexes destinées à avantager le second conjoint au détriment des enfants d'un premier lit ; mais, lorsque les héritiers réservataires, en conflit avec le conjoint gratifié sont, non plus des enfants d'un lit précédent, mais les parents, héritiers réservataires du donateur, ils font preuve de plus de mansuétude et se refusent à prononcer la nullité de l'opération, même si parfois ils la qualifient de donation déguisée³ : c'est qu'en pareil cas, les fraudes sont moins redoutables.

Ainsi la jurisprudence cherche surtout à réprimer la fraude. Mais pour donner lieu à ce soupçon de fraude, il ne sera pas nécessaire que les donations soient vraiment déguisées, il suffira, pour reprendre un terme employé par Josserand⁴, qu'elles soient « clandestines ». En pareil cas, le résultat sera la nullité, et non pas seulement la réduction de la disposition, en vertu de la théorie générale de la fraude, précédemment dégagée. De la succession des espèces, où les tribunaux ont été ainsi amenés à prononcer l'annulation pour fraude, s'est dégagée une véritable présomption jurisprudentielle, qui était peut-être au début une présomption de fait, mais qui, par la répétition des décisions, est devenue une présomption de droit⁵. Cette présomption joue à l'encontre, non pas certes de toutes les donations indirectes, mais de celles seulement dans lesquelles on peut relever une dissimulation.

Et c'est de là, semble-t-il, qu'est née la confusion, commise par la Cour de cassation, même dans sa jurisprudence la plus récente⁶, entre ces donations indirectes frappées d'une présomption *jurisprudentielle* de fraude et à ce titre annulées et les donations déguisées, annulées par la loi parce

(1) Art. 1595 C. civ.

(2) Civ. r. 3 juillet 1917, Templier c. dame Templier, *motifs*, S., 1921, 1, 201 ; Req. 15 fév. 1937, époux Bichier et Billaud c. Bonnet, S., 1937, 1, 169.

(3) Civ. r. 3 avril 1843, Blanchard c. Sillian, S., 1843, 1, 289.

(4) *Les mobiles*, n° 201, p. 247.

(5) Voir sur ce processus, GÉNY, *Science et technique*, t. III, n° 235.

(6) Civ. r. 30 avril 1941, époux Thomas c. époux Laurens, précité.

que frappées d'une présomption *légale* de fraude. Entre les deux hypothèses, il n'y a pas seulement l'identité du résultat obtenu, la nullité, il y a aussi celle de son fondement : la présomption de fraude : présomption légale dans un cas, présomption jurisprudentielle dans l'autre, cela n'est pas une différence bien importante ; la jurisprudence est une source autonome de règles juridiques, les présomptions qu'elle crée sont des présomptions de droit¹ ; mais elle n'ose pas se l'avouer à elle-même, elle cherche toujours à fonder les solutions qu'elle donne sur un texte légal, fût-ce en le déformant : l'article 1099 a été ce texte, et on a pu d'autant mieux l'utiliser que, si le mécanisme technique de la donation déguisée n'est pas identique à celui de la donation indirecte clandestine, il s'en rapproche singulièrement : sans doute, « à la différence de la dissimulation qui est le triomphe de l'inertie, la simulation implique un mensonge positif, des manœuvres plus ou moins savantes, un aménagement d'une situation juridique en vue de farder la vérité : *aliud simulatur, aliud agitur* »² ; il reste que le but est identique : dissimuler une donation en vue de la faire échapper à la réduction pour atteinte à la réserve ; et le procédé n'est pas tellement différent : d'un côté mensonge négatif ou réticence, de l'autre mensonge positif³.

Ces deux présomptions, différentes par leur origine et par leur domaine, se sont ainsi rapprochées ; et l'on a confondu, avec la simulation proprement dite, ces situations peu nettes, nées sous le signe de l'équivoque, mais constituant, quant à la forme, des donations indirectes ; en les qualifiant de donations déguisées, on justifiait légalement, et pour ainsi dire textuellement, au moyen de l'article 1099, la nullité qu'on leur appliquait. De là, la confusion a débordé en d'autres domaines, et presque en toute matière la jurisprudence emploie ce vocabulaire d'une imprécision déconcertante.

On aurait pu en limiter les inconvénients en reconnaissant que les termes juridiques peuvent avoir des acceptions différentes, selon qu'il s'agit d'appliquer telle ou telle règle : il en serait ainsi pour la donation déguisée et la donation indirecte. D'une part, lorsqu'il s'agit de justifier la validité d'une opération à titre gratuit en dehors des formes prescrites à l'article 931, les deux notions se définiraient de manière purement extérieure et formelle : on s'attacherait seulement, pour distinguer les deux catégories, aux formes techniques employées : acte neutre pour la donation indirecte, acte onéreux simulé pour la donation déguisée ; et à ce point de vue, si la discrimination de chacun de ces actes d'avec les formes voisines est utile et nécessaire, la distinction entre donation indirecte et donation déguisée elle-même ne présente qu'un intérêt purement doctrinal, et non immédiatement pratique, puisque ces deux formes sont également valables. D'autre part, lorsqu'il s'agit d'appliquer aux donations déguisées les sanctions qui dans certaines hypothèses sont prévues contre elles par la loi, on ne s'attacherait plus au même critérium, et cela à raison du but même de la loi : le déguisement n'est alors considéré que comme une manifestation de la fraude, on le tiendrait pour réalisé toutes les fois qu'il existe une clandestinité frauduleuse ou même simplement suspecte,

(1) GÉNY, *loc. cit.*

(2) JOSSEBRAND, *Évolutions et actualités*, p. 121.

(3) Dans le droit des obligations, la réticence peut, dans certaines conditions, être constitutive de dol : voir RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 226 ; voir aussi : M. DE JUGLART *L'obligation de renseignements dans les contrats*, *Rev. trim.*, 1945, pp. 1-22, notamment I, La violation de l'obligation de renseignements constitutive d'un vice du consentement.

même si elle ne s'est pas traduite en une simulation techniquement caractérisée : la jurisprudence exerce ici ce que l'on a appelé sa « tendance justificatrice »¹ ; le mode de réalisation de la libéralité n'est pris en considération que comme révélateur d'un état d'esprit, et la notion de donation déguisée est plus étendue que dans le premier cas.

Ce ne serait pas la première fois qu'un terme juridique changerait de sens suivant les circonstances dans lesquelles il est employé. Reconnaissons cependant qu'il vaut mieux éviter ces risques d'amphibologie : la jurisprudence nous montre les conséquences regrettables qu'ils peuvent avoir. Mieux vaut avouer franchement que la présomption légale frappant de nullité les donations déguisées est doublée d'une présomption prétorienne frappant d'une sanction analogue les donations indirectes clandestines. Le résultat pratique est le même.

Il est essentiellement limité, puisque, nous l'avons vu, en jurisprudence, c'est seulement entre époux, et sans doute aussi dans les rapports des parents et de l'enfant naturel², que la fraude est frappée d'une sanction exemplaire, la nullité totale de l'acte qui en est entaché : il s'agit de la fraude aux droits des héritiers réservataires³. Mais ce n'est pas à dire que, soit dans ce domaine de la réserve en dehors du cas des époux, soit dans les autres domaines, la fraude ne soit pas sanctionnée, notamment dans les donations indirectes.

D'une part, si la fraude à la réserve a été commise de concert entre le défunt et un de ses héritiers, la règle de l'article 792 édictera à l'encontre de ce dernier une sanction souvent très efficace : se trouvant admis au partage, il sera, si la fraude est découverte, privé de l'avantage que le défunt avait voulu lui assurer et il ne pourra espérer récupérer, comme héritier *ab intestat*, ce qu'il a perdu comme donataire, car la loi lui interdit de « pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés »⁴. On peut regretter toutefois que la jurisprudence récente ait cru devoir décider que la sanction du recel ne s'applique qu'à la partie de la donation qui excède la quotité disponible⁵, ce qui retire à la peine une partie de sa valeur répressive et préventive.

Nous ne parlons pas des arrêts isolés qui ont prononcé la nullité d'une donation sur la constatation qu'elle était le résultat d'un concert frauduleux en vue de porter atteinte à la réserve⁶. Mais lorsque la fraude aura été commise avec un tiers non héritier, il sera souvent possible de faire application de la nullité pour cause immorale, et alors la démonstration de l'atteinte à la réserve n'ajoutera rien : il s'agira par exemple d'une dona-

(1) JOLIVET, thèse citée, pp. 14-15.

(2) Sur ce second cas, voir par ex. : Douai, 6 juillet 1932, précité, S., 1933, 2, 47.

(3) Peut-être aussi, entre époux, de la fraude à la règle de la révocabilité inscrite dans l'article 1096.

(4) Voir Civ. 14 avril 1897, Stourdza c. Gortschakow, S., 1900, 1, 454 : la dissimulation de donations rapportables ou sujettes à réduction est sanctionnée par les peines de l'art. 792. — Voir aussi : Req. 22 oct. 1928, Chaplain c. Gens, D. P., 1929, 1, 101, et note H. DESBOIS. — Les juges du fond apprécient souverainement les circonstances d'où résulte le recel : Req. 24 déc. 1924, Corre c. consorts Biziers, S., 1925, 1, 57, et note VIALLETON ; Civ. r. 13 nov. 1945, Roger, sommaire au J. C. P., 1946, IV, éd. G, p. 10, v° Successions.

(5) Req. 21 nov. 1938, époux Lacroix c. Régère, S., 1940, 1, 80. — Voir de même, pour les donations sujettes à rapport : Civ. c. 28 juill. 1913, Roy père c. Roy fils, S., 1914, 1, 197, D. P., 1917, 1, 58. — Comp., en sens contraire : OSSET, thèse citée, pp. 117 sq.

(6) Req. 3 août 1920, époux Millot c. Bidet et autres, S., 1921, 1, 27 : il y avait de plus, il est vrai, fraude aux créanciers.

tion entre concubins¹ : la faveur due à la famille légitime n'eût pas suffi à faire annuler l'opération dirigée contre ses membres, mais la défaveur de la concubine vient la compléter et faire prononcer la nullité.

Le donateur a pu d'ailleurs diriger sa dissimulation frauduleuse contre d'autres que les héritiers réservataires : non pas contre les héritiers non réservataires : ceux-ci n'ont aucun droit, mais contre des tiers intéressés, principalement contre les créanciers², qu'il cherchera à priver de leur gage en recourant au déguisement ou du moins à la dissimulation de la donation. L'action Paulienne interviendra alors, mais l'acte ne sera annulé, selon le droit commun de l'article 1167, qu'à l'égard du créancier fraudé ; il y a seulement cette particularité que la preuve de la fraude sera plus facile, pour cette double raison que, puisque nous sommes en matière de libéralités, il ne sera pas nécessaire de prouver la complicité du bénéficiaire, et que le mode clandestin par lequel se sera réalisée la donation fera planer sur l'acte un soupçon préalable³.

Ainsi c'était surtout lorsque, réalisée entre époux, la fraude était dirigée contre les héritiers réservataires, qu'il apparaissait utile de prendre contre elle des mesures particulièrement énergiques, des sanctions qui, par là même, auraient une fonction préventive. La jurisprudence a sur ce point complété fort heureusement la loi. Ce que nous lui reprocherons, s'il nous est permis de terminer ce chapitre par cette brève remarque, c'est de ne pas avoir étendu sa protection à d'autres domaines, où son intervention, moins nécessaire, eût été cependant utile et aurait eu un grand avantage de simplification : c'est, en un mot, de n'avoir pas décidé qu'en toute matière, le concert frauduleux en vue de porter atteinte à la réserve vicierait l'acte pour le tout. Mais cette solution n'eût pas impliqué que l'on transposât en ces matières la règle de l'article 1099 et son extension jurisprudentielle : en dehors des rapports entre époux, seule la fraude prouvée aurait été dirimante, et non pas la fraude présumée d'après le déguisement : ce dernier peut poursuivre bien d'autres buts que la réalisation d'une fraude à la loi, et les raisons qui, entre époux, ont fait admettre la présomption, ne se retrouvent pas ailleurs avec la même force.

(1) Civ. r. 11 avril 1932, veuve Colombon et époux Moullet c. époux Vincent et autres, *S.*, 1932, 1, 213, *D. P.*, 1932, 1, 169, 1^{re} esp., et note SAVATIER.

(2) Avant la loi du 22 septembre 1942, une situation analogue se présentait sous le régime de communauté en cas de fraude commise par le mari au détriment de la femme : voir JOSSERAND, *Cours*, t. III, n° 166 ; Civ. c. 4 déc. 1929, *S.*, 1931, 1, 361, *D. P.*, 1931, 1, 81, et note NAST. La modification de l'article 1422 a rendu la question sans intérêt en matière de donation, puisque celle-ci n'est valable qu'avec le concours de la femme.

(3) Voir Req. 3 août 1920, précité ; MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 21.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DES DONATIONS INDIRECTES

M. Voirin¹ résume en deux termes le régime des donations non formalistes : « exclusion des règles de forme des donations, mais soumission aux règles de fond ». Il en est ainsi d'abord quant aux conditions de réalisation des donations indirectes valables : elles échappent aux conditions de forme (rédaction d'un acte notarié, état estimatif des meubles, etc.), mais elles doivent respecter les conditions de fond des donations. Tel est du moins le principe ; mais il en faudra étudier les modalités, à propos de chacune des conditions de fond.

Quoique régie par un statut spécial, la donation n'en reste pas moins soumise aux règles générales des actes juridiques, et Savigny en déduisait que son régime devait être traité dans la partie générale du droit civil, parmi les actes ou affaires juridiques en général². Quoi qu'il en soit de cette conséquence pédagogique, il reste que les conditions de fond de la donation peuvent être groupées autour des quatre notions dont l'article 1108 fait les conditions essentielles de la validité d'une convention, on dirait plus exactement de n'importe quel acte juridique : consentement, capacité, objet et cause. Parmi ces conditions d'ailleurs, il en est qui ne nécessitent pas, à propos des donations indirectes, de développements particuliers.

I. — De l'objet, nous ne dirons rien pour l'instant : l'existence d'un objet est une condition tellement évidente qu'elle se trouvera rarement faire défaut ; sa licéité soulèvera peu de problèmes, à la différence de la licéité de la cause ; en tout cas, ils ne seront pas propres aux donations indirectes. C'est seulement la consistance exacte de l'objet, son montant, et non pas son existence, qui pourra faire question : mais celle-ci se posera surtout à propos des modalités du rapport, de la réduction ou de la révocation de la donation, et trouvera donc plus naturellement sa place dans le chapitre suivant.

II. — La capacité est un terme équivoque, qu'il est nécessaire de préciser au moyen de subdivisions souvent arides et multiples. On distingue d'abord la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

La capacité de jouissance est soumise en matière de donations à des règles restrictives, qui jouent quelle que soit la forme employée pour réaliser l'intention libérale ; mais nous avons vu, en outre, que certaines formes de donations indirectes, les donations clandestines, ne peuvent pas

(1) Note au *D. P.*, 1939, 1, 5, sous Req. 29 mars 1938, Bert c. Nicoleau et Calvo, § II, B, p. 8, col. 1.

(2) Cité par Alfredo ASCOLI, *La cause dans les donations entre vifs*, *Études Capitant*, p. 19.

être réalisées dans tous les cas : entre époux, entre parents et enfants naturels, elles sont frappées d'une présomption de fraude qui empêche pratiquement d'y recourir : c'est là la seule question propre aux donations indirectes que pose la capacité de jouissance : elle a été étudiée au chapitre précédent.

La capacité d'exercice doit être envisagée soit chez le donataire, soit chez le donateur : chez le donataire, elle se rattache au problème de l'acceptation, auquel sera consacrée la majeure partie du présent chapitre et à propos duquel nous la retrouverons. Chez le donateur, il peut se poser soit une question de capacité proprement dite, soit une question de pouvoir, et l'une et l'autre seront résolues d'après les règles habituelles des donations : le mineur, même émancipé, ne pourra consentir de donation, et ses représentants ou protecteurs légaux ne le pourront pas davantage en son nom ; la femme mariée, aujourd'hui capable, pourra librement disposer de ses biens propres, du moins quant à la nue propriété ; si elle exerce une profession séparée de celle du mari, elle pourra disposer de ses biens réservés, mais, à raison de la difficulté que présentera souvent la preuve de la consistance du patrimoine réservé¹, il y aura intérêt à faire intervenir le mari pour assurer l'efficacité en toute hypothèse de l'acte de donation ; il semble que, même depuis la loi du 18 février 1938 qui a abrogé l'ancien article 217 et même depuis la loi validée du 22 septembre 1942, cette autorisation devra résulter soit du concours du mari à l'acte de donation qu'il s'agit de rendre efficace, soit en tout cas d'un écrit émané de lui² : cela vaudrait aussi bien pour les donations indirectes, ainsi que la Cour de cassation l'avait jugé à propos d'une immatriculation de titres nominatifs effectuée sur ordre d'une femme mariée en vue de gratifier son petit-fils³. L'interdit est frappé d'une incapacité générale de donner ; le tuteur ne peut faire que les cadeaux d'usage⁴ ; l'article 511 permet aussi, moyennant certaines formalités, de doter l'enfant de l'interdit : cette exception ne sera guère de nature à jouer pour les donations indirectes. Enfin il est à noter que le prodigue et le faible d'esprit n'ont pas été frappés spécialement par la loi d'une incapacité de disposer de leurs biens à titre gratuit ; on fait résulter cette incapacité des formules générales des articles 499 et 513, qui leur interdisent d'aliéner sans l'assistance de leur conseil judiciaire ; de là peut naître une difficulté particulière aux donations indirectes : certaines d'entre elles se réalisent sans aucune aliénation : nous ne parlons pas des renonciations, qui sont juridiquement des abdications et non des aliénations, mais pour lesquelles il y a les mêmes raisons que pour les aliénations proprement dites de faire jouer la protection légale ; mais en cas d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, si ce dernier recueille bien un capital, ce capital ne sort pas du patrimoine du stipulant ; la théorie du droit propre et direct du bénéficiaire conduit à décider qu'il n'y a pas abandon de capital, et la Cour de cassation a permis l'opération, dans un cas, il est vrai, où l'assurance sur la vie avait été contractée au profit d'un créancier, mais dont la créance était nulle⁵ ; si le bénéfice de l'assurance

(1) L'article 224, al. 3 nouveau, permet de faire cette preuve par tous les modes de droit commun.

(2) JOSSELAND, *Cours*, t. I, Suppl., p. 30 ; RIPERT et BOULANGER, t. I^{er}, n^{os} 1834, 1835, 1841.

(3) Il y avait cette circonstance favorable que le mari avait lui aussi donné un ordre semblable d'immatriculer des titres au nom du même petit-fils : Civ. c. 18 oct. 1909, veuve Morizot et époux Guérard c. Comp. Le Phénix et autres, S., 1911, 1, 489.

(4) Voir : RIPERT et BOULANGER, t. I, n^o 2444.

(5) Civ. 9 mars 1896, Bettenant c. Garsant, D. P., 1896, 1, 391 ; S., 1897, 1, 225, et note A. ESMEIN, analysé par A. VIGIÉ, *Rev. crit.*, 1900, pp. 67-71.

était attribué à titre gratuit, il resterait la ressource, au moins dans certains cas, d'invoquer l'article 901 du Code civil et de faire annuler l'attribution comme entachée de faiblesse d'esprit : la règle de l'article 901, protectrice de la volonté du donateur, doit être appliquée à toute espèce de donations, même non authentiques : « donner pour ne pas recevoir est un acte qu'il faut estimer suspect au point de vue de la volonté et de la liberté d'esprit de celui qui donne »¹, et « il y a d'autant plus de raison d'appliquer l'article 901 » à une donation indirecte que « dans ce cas-là la preuve du consentement est encore moins assurée »² : si le régime même de la réalisation des donations indirectes assure, nous l'avons dit, la protection de la volonté, c'est à condition que cette volonté soit apte à saisir la portée de l'acte accompli : un élément subjectif doit venir renforcer les conditions objectives que nous avons essayé précédemment³ de dégager. Et c'est par une application de la même idée que de nombreux arrêts s'assurent concrètement, avant de valider les donations indirectes ou déguisées, que le consentement du donateur n'a pas été déterminé par des « manœuvres frauduleuses »⁴. Mais ces observations se rattachent à la question du consentement plus qu'à celle de la capacité ; il n'y a pas lieu d'en dire davantage ici.

A la capacité peuvent encore se rattacher les questions de pouvoir : elles se poseront surtout dans les rapports entre époux. Pour la femme, il est difficile de distinguer la capacité du pouvoir, quoiqu'en principe son incapacité soit aujourd'hui abrogée, et que, par conséquent, il ne doive plus se poser qu'une question de pouvoirs ; elle pourra faire donation de ses biens propres sous réserve des droits de jouissance du mari ou de la communauté ; elle pourra donner sans restriction ses biens réservés ; quant aux biens communs ordinaires, elle n'aura que le droit d'intervenir aux donations faites par le mari. Pour le mari, la question de ses pouvoirs, qui se pose seule, n'a pas été résolue de la même manière sous l'empire du Code civil et sous celui de la loi du 22 septembre 1942. Quant à ses biens propres, le mari a toujours pu les donner librement ; mais, sous l'empire des textes de 1804, il ne pouvait donner ni les immeubles communs ni la totalité ou une quotité du mobilier commun⁵ : la jurisprudence prohibant sous ce dernier terme toute donation mobilière excessive, il en résultait une incertitude sur la validité définitive des actes. Aujourd'hui, toutes les donations mobilières de biens communs ne peuvent avoir lieu, sous réserve de l'application des articles 217 et 219, que par le concours des deux époux. Cela est de nature à poser à l'égard des tiers un problème délicat : le mari a le pouvoir d'accomplir seul, non seulement les actes d'administration, mais même les actes d'aliénation à titre onéreux des biens communs : théorique peut-être pour les immeubles à raison de l'existence de l'hypothèque légale de la femme mariée, ce pouvoir est très réel pour les meubles corporels ou incorporels. Or la donation indirecte n'indique pas sa cause et ne la laisse pas apparaître ; sans doute, le donataire la connaît, mais il a pu à son tour aliéner l'objet donné au profit d'un tiers de bonne foi qui ignore dans quelles conditions a été faite la transmission précédente ; pourra-t-on se prévaloir contre lui du fait que celle-ci a été consentie à titre gratuit par le mari commun en biens sans le consentement de sa femme ?

(1) RIPERT, *Cours de doctoral*, p. 332.

(2) RIPERT, *ibid.*

(3) Cf. *supra*, 2^e partie, titre 2.

(4) Civ. c. 13 déc. 1859, Berthon c. Leroux de Lens, *D. P.*, 1859, 1, 503, *S.*, 1860, 1, 624.

(5) Art. 1422 ancien.

S'il s'agit de meubles corporels, leur possesseur actuel est protégé contre l'irrégularité du don manuel ou de la donation indirecte consentis à son auteur par la règle « en fait de meubles possession vaut titre ». Si c'est un droit incorporel qui a été transmis par le donataire (titre nominatif ou à ordre, droit au bénéfice d'un contrat), la question est plus délicate : il y a donation indirecte, et non pas déguisée, et le tiers ne peut donc, par application de l'article 1321, déclarer que l'acte apparent lui est seul opposable : cet acte apparent n'est pas en contradiction avec la pensée véritable des parties, il en est seulement une traduction partielle. Mais, d'une manière générale, les raisons de sécurité qui ont fait admettre la règle de l'article 2279 se retrouvent en ce qui concerne la transmission des titres régis par le droit commercial¹ ; d'ailleurs, si la loi a permis que la cause de certains actes juridiques leur soit extérieure, qu'elle ne soit pas partie intégrante de l'acte, c'est évidemment que ce dernier doit, à l'égard des tiers tout au moins, être valable en dehors d'elle : en présence d'un acte abstrait, on ne peut obliger le tiers à en rechercher la véritable cause avant de traiter ; et même la simple connaissance de la cause gratuite ne serait pas suffisante pour permettre d'agir contre lui : il faudrait qu'il ait participé à un véritable concert frauduleux en vue de priver la femme de l'exercice pratique de son action en nullité. On peut se demander toutefois si la jurisprudence, critiquable à notre sens, qui admet le recours du réservataire même contre le tiers acquéreur de bonne foi², ne conduirait pas à permettre à la femme un semblable recours.

III. — L'existence d'une cause licite est une autre condition mise à la validité des actes juridiques en général et des libéralités en particulier : la notion de cause présente ici, en doctrine, les mêmes incertitudes, plus graves peut-être, que dans d'autres domaines. Pour les anciens auteurs, la cause de la donation consiste dans l'intention libérale. On ne saurait s'arrêter à ce point de vue : l'intention libérale, élément nécessaire de la libéralité³, est le critère qui distingue l'acte gratuit de l'acte onéreux ; elle n'est pas la cause de la libéralité, elle est seulement le consentement⁴.

À vrai dire, la cause au sens de contre-prestation n'existe pas dans les libéralités, elle y est remplacée par un supplément de force de la volonté⁵. Les exigences de la cause ont été confondues en la matière non seulement avec celles de la volonté, mais encore avec celles de l'ordre public : pour la jurisprudence, adaptant ici la terminologie du Code civil, la donation est nulle quand elle repose sur une cause illicite. L'application essentielle qui en a été faite concerne les donations entre concubins : valables, en principe⁶, à la différence de ce qui avait lieu sous l'ancien droit, elles ne seront nulles que si leur objet a été de favoriser l'établissement ou la continuation des relations illicites⁷ : l'arrêt *Porre* du 20 octobre 1920 laisse

(1) Cf. *supra*, 2^e partie, titre 2, ch. 1^{er}, sect. 2, *passim*.

(2) Cf. *infra*, ch. 3, sect. 2, § 3.

(3) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 4.

(4) NAST, note au *D. P.*, 1936, 2, 6, sous Lyon, 6 fév. 1933, Meyer et C^{ie} c. dame Berchet.

(5) Voir LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, not. pp. 271-277.

(6) Civ. r. 11 mars 1918, Compayré c. demoiselle Combes, *D. P.*, 1918, 1, 100 ; Req. 16 avril 1923, S., 1923, 1, 342 ; Req. 8 juin 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113 ; Paris, 23 juill. 1914, *D. P.*, 1918, 2, 51, 1^{re} espèce, Paris, 5 mai 1925, *D. H.*, 1925, 474, S., 1925, 2, 59.

(7) Voir, outre les motifs des arrêts cités à la note précédente, les décisions suivantes qui prononcent la nullité : Req. 20 oct. 1920, veuve Porre c. dame Clapier, S., 1921, 1, 28 ; Req. 8 juill. 1925, veuve Gaunard c. Mirham, dit Léon Ohanessian, et consorts Douzain, S., 1927, 1, 294 ; Lyon, 30 mars 1916, *D. P.*, 1918, 2, 51, 2^e espèce.

entendre que c'est parce qu'en pareil cas il n'y a pas eu véritablement donation faute d'intention libérale mais seulement un marché en vue de s'assurer les faveurs de la concubine, un contrat commutatif dont l'une des prestations est illicite ; l'arrêt *Gaunard* du 8 juillet 1925¹ semble au contraire reconnaître qu'il s'agit bien de véritables libéralités. Quoi qu'il en soit de son fondement, la sanction de la nullité pour illicéité jouera aussi bien pour les donations non formalistes, déguisées ou indirectes : billets ou reconnaissances de dettes², attribution du bénéfice d'une assurance sur la vie³, avantages indirects résultant d'un bail ou d'une vente⁴ ; elle s'appliquera aux donations, dit la Cour de Paris en une langue d'ailleurs incorrecte⁵, « sous quelque forme qu'elles revêtent ».

Le recours à la forme indirecte pourra cependant constituer un élément de fait important dans l'appréciation des circonstances dont doit dépendre la validité ou la nullité de l'opération : l'un des indices qui permettront de penser que la donation n'est pas destinée à rémunérer ou à provoquer des relations illicites sera le fait que l'amant en aura laissé ignorer l'existence à sa maîtresse⁶ : or cette ignorance ne se conçoit ni pour la donation authentique, qui suppose l'acceptation expresse du donataire⁷, ni pour le don manuel, qui suppose une tradition réelle entre ses mains, ni pour la donation déguisée, qui implique un accord de volontés en vue de passer le contrat apparent sous lequel se masquera la donation ; seules, certaines formes de donations indirectes permettront de gratifier valablement entre vifs à l'insu du donataire : ce sera par exemple le cas de l'assurance sur la vie où du transfert de titres nominatifs. Mais on n'aura surmonté ce premier obstacle que pour se heurter à un second, que suggère le premier des deux exemples cités : le défaut d'acceptation du donataire aura souvent, mais non nécessairement, pour corollaire la révocabilité du droit qui lui est conféré : et l'on conçoit quelles pressions peut permettre cette révocabilité pour amener la concubine à continuer ses faveurs. A vrai dire, il semble que le mal fournisse en même temps le remède : mise au courant de la stipulation pour autrui, la concubine pourra s'empresse d'en accepter le bénéfice et par là mettre fin au droit de révocation du stipulant.

IV. — Ainsi pénétrons-nous insensiblement du domaine de la cause dans la question du consentement, condition essentielle pour qu'il y ait donation, et à laquelle seront consacrés les principaux développements de ce chapitre. La loi positive et la nature des choses se sont en effet conjuguées pour soumettre le consentement, en matière de libéralités, à un régime particulier.

D'une part, la donation est un acte qui ne produit d'obligations que d'un seul côté : dès lors, si la nature des choses implique que celui qui s'oblige, le donateur, ne soit pas lié sans son consentement, il en est autrement du côté du donataire : le consentement de celui-ci ne présente pas la même nécessité rationnelle ; il faudra donc rechercher s'il est requis, à quel moment, et quels en sont les effets.

(1) Voir la référence à la note précédente.

(2) C'est le cas le plus fréquent : Civ. 11 mars 1918 ; Req. 20 oct. 1920 ; 8 juin 1926, précités.

(3) Paris, 23 juill. 1914 ; Lyon, 30 mars 1916 ; Paris, 5 mai 1925, précités.

(4) Req. 8 juill. 1925, précité.

(5) 5 mai 1925, précité. — Voir aussi SAVATIER, note au *D. P.*, 1927, 1, 113, sous Req. 8 juin 1926, précité.

(6) SAVATIER, note précitée.

(7) Art. 932 C. civ.

Le consentement du donateur, au contraire, ne peut faire problème : nous en avons dit, dans notre première partie, ce qui nous a paru utile. Reste à savoir quels en seront les effets : la loi a posé, pour les donations notariées, la règle de l'irrévocabilité : cette règle paraît d'abord constituer une règle de fond, puisqu'elle touche aux effets de la donation ; mais, dans la pensée du législateur, elle est aussi destinée à protéger la liberté du consentement, elle constitue une formalité intrinsèque¹. Il faudra donc rechercher si elle s'applique aux donations indirectes, et, en cas de réponse affirmative, à partir de quel moment : est-ce seulement à partir de l'acceptation du donataire ? ou au contraire dès la manifestation de volonté du donateur ?

Ainsi les deux questions de l'acceptation du donataire et de l'irrévocabilité de la donation peuvent difficilement être dissociées. En ce qui les concerne, le moment important est celui où intervient l'acceptation ; c'est autour de lui que se situent les questions. Il nous servira donc à départager les matières de chacune des deux sections de ce chapitre. Mais, contrairement à la chronologie, et pour respecter le principe cartésien qui veut que l'on aille toujours du plus simple au plus complexe, nous étudierons d'abord l'acceptation et ses suites, avant de remonter à la période antérieure à l'acceptation.

SECTION PREMIÈRE

L'ACCEPTATION ET SES SUITES

La liberté des individus est une des notions fondamentales de notre droit : principe premier qui a toujours comporté des exceptions postulées par le fait même de la vie en société, qui tend peut-être à disparaître du droit contemporain sous la poussée d'idées nouvelles, mais qui n'en demeure pas moins une règle directrice de notre droit positif : pas plus qu'une obligation, l'acquisition d'aucun droit ne peut nous être imposée par la volonté d'autrui, en dehors de la loi : en ce sens l'acceptation des donations apparaît comme une notion nécessaire : on ne peut pas être donataire sans l'avoir voulu, on ne peut pas acquérir de droit malgré soi. Mais cela ne conduit à donner à l'acceptation qu'un effet purement négatif : elle écarte un obstacle qui pouvait s'opposer à la pleine vie de la donation. A-t-elle un effet plus complet ? n'est-elle pas nécessaire à l'existence même de celle-ci ? c'est une question qui ne sera étudiée que plus tard ; mais déjà l'effet négatif que nous venons de définir se complète d'un autre, plus positif : l'acte ainsi accepté prend à l'égard du donateur une valeur définitive, il devient irrévocable s'il ne l'était déjà auparavant. Ainsi l'acceptation confirme l'acquisition du droit par le donataire en même temps qu'elle rend irrévocable son abandon par le donateur.

§ 1^{er}. *L'acceptation est nécessaire à l'efficacité de la donation.*

Que l'acceptation soit nécessaire, sinon peut-être à l'existence de la donation, du moins à la plénitude de son efficacité, cela nous paraît imposé par la nature des choses, ainsi que nous venons de l'indiquer. Ce n'est pas à dire cependant que cela ne donne lieu à aucune difficulté pra-

(1) Cf. *supra*, 2^e partie, *passim*, not. titre 2, ch. 2, sect. 1^{re}, § 3, III.

tique. Au contraire : il faut ici concilier la nécessité de l'acceptation, règle de fond, avec les formes dans lesquelles se réalise la donation indirecte.

I. — Pour certaines de ces formes, il n'y a pas de question : elles impliquent dès l'origine, dans la réalisation même de l'acte, l'intervention du donataire : remise de dette¹, avantages indirects inclus dans un acte onéreux : en y intervenant, le bénéficiaire accepte tacitement mais très nettement la donation qui y est contenue.

Mais il n'en est pas toujours ainsi, et la donation indirecte peut être réalisée valablement par des actes qui excluent toute intervention du donataire dans leur confection : stipulation pour autrui, renonciation, transfert de titres nominatifs : si par hasard on croyait devoir y faire intervenir le donataire, sa présence, sans être nécessairement dirimante, pourrait parfois être dangereuse en risquant de faire perdre à l'acte le caractère neutre derrière lequel s'abrite la donation.

Il n'est pas question de revenir ici sur les conditions auxquelles sont valables ces actes unilatéraux : elles résultent parfois de textes, formels ou implicites : ainsi l'article 1121 valide les stipulations pour autrui, l'article 9 du Décret du 25 octobre 1934 interdit à la société d'exiger, pour opérer le transfert des actions nominatives, le consentement du cessionnaire ; quant aux renonciations, divers textes leur sont consacrés qui en reconnaissent la validité.

Parfois, la loi a réservé expressément la faculté pour le bénéficiaire de l'acte d'en accepter ou non les effets dans son patrimoine. En pareil cas, il ne peut y avoir de difficulté que pour la mise en œuvre de ce droit : c'est le cas de la stipulation pour autrui et de l'assurance sur la vie.

D'autres fois, l'existence de cette option résulte, à défaut de la loi, d'une doctrine juridique peu contestée : c'est ainsi que, si la renonciation, qui n'a qu'un effet abdicatif, est définitive par elle-même, le droit abdiqué est ensuite dévolu par la loi à un tiers qui a la possibilité d'accepter ou non cette attribution² : il en est ainsi du moins pour la renonciation aux droits réels.

Le régime de la renonciation à communauté ou à succession est différent : dès que la renonciation est effectuée, la part du renonçant va de plein droit, pour raisonner sur le cas de succession, soit à ses cohéritiers, soit aux héritiers subséquents, et, si les uns ou les autres ont déjà accepté la succession pour la part qui était alors la leur, ils se voient imposer l'acquisition de la part de leur cohéritier : l'accroissement est forcé. On pourrait songer, pour accorder ce fait avec l'exigence d'une acceptation, à faire valoir qu'en acceptant la succession, l'héritier a accepté non seulement sa part actuellement fixée, mais encore celle qui pourrait lui échoir par suite de la renonciation de son cohéritier et à laquelle il a déjà un droit virtuel dont l'exercice n'est empêché que par la présence d'un autre successible. Ce serait en vain : la réalité est que, au moment de son acceptation, l'héritier n'a envisagé que les droits correspondant à sa part actuelle. L'accrois-

(1) Voir MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 27. La présomption de remise de dette résultant de la remise volontaire du titre suppose évidemment l'acceptation du donataire entre les mains de qui est remis le titre. La mention « à ne pas réclamer » inscrite par le créancier sur un titre qu'il a conservé entre les mains est insuffisante à valoir remise de dette lorsqu'elle n'a pas été acceptée par le donataire du vivant du donateur : Trib. Seine, 17 juin 1911 analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1912, pp. 188-189 ; mais la solution nous paraît s'expliquer davantage par le défaut de dessaisissement irrévocable que par le défaut d'acceptation.

(2) A. BRETON, art. précité, not. n° 64, *Rev. trim.*, 1928, pp. 349-352.

sement qu'on lui impose par la suite, s'il peut se justifier — et encore ce n'est pas sûr — au regard des principes du droit successoral, n'est-il pas en contradiction, au cas où la renonciation est effectuée à titre gratuit, avec ce principe que l'on ne peut devenir donataire malgré soi ? Colin et Capitant¹ résolvent cette antinomie au moyen d'une distinction : la renonciation, du moment qu'elle est intervenue dans les formes et selon les prescriptions légales, est définitive : le droit est irrémédiablement perdu par le renonçant et acquis au cohéritier ou à l'héritier subséquent ; mais ce dernier ne sera considéré comme donataire et ne sera soumis aux obligations résultant de cette qualité que s'il a accepté la donation.

Cette distinction nous paraît pleinement juridique, sous le bénéfice d'une double observation. Les savants auteurs observent tout d'abord qu'« une donation est toujours et nécessairement un contrat. Il ne peut y avoir donation qu'autant que le donataire *accepte* l'offre de libéralité que lui fait une personne »² : ce qui implique que, pour eux, l'acceptation de cette offre est nécessairement antérieure à l'exécution qui en est faite par l'acte de renonciation : nous verrons plus loin que cette conception ne s'impose nullement, que l'acceptation est une condition de l'efficacité bien plutôt que de l'existence même de la donation. En tout cas, c'est seulement comme condition d'efficacité que nous l'envisageons ici, et, à ce titre, elle peut intervenir soit avant soit après la renonciation : si elle lui est antérieure, il n'y a pas de difficulté : la renonciation, acte unilatéral et abstrait, n'est que l'exécution d'une convention antérieure de donation ; mais rien ne s'oppose à ce que l'acceptation du bénéfice de la renonciation soit postérieure à l'acte par lequel celle-ci est réalisée : sans doute, nous dira-t-on, cette acceptation est forcée, la volonté du bénéficiaire n'ajoute donc rien aux effets légaux de l'acte ; mais, en réalité, si la loi détermine impérativement les effets de l'acte, elle ne fixe pas le titre auquel ceux-ci se produisent, et l'acceptation de l'acte en tant que donation par le bénéficiaire en fera une donation : il aura accepté d'être gratifié par le renonçant ; c'est dire que, pour que cette acceptation le transforme en donataire, il ne suffira pas qu'elle porte sur l'effet matériel, et en quelque sorte abstrait, de l'acte : il faudra que ce soit une acceptation de l'acte en tant que donation : pour dire si elle a eu lieu, on recherchera la volonté *réelle* du bénéficiaire. Ceci nous paraît être le seul moyen d'éviter des fraudes à la loi et de sauvegarder les intérêts en présence, de ne considérer comme donation que ce qui a vraiment été accepté comme tel, tout en évitant que l'on puisse soustraire aux règles de fond des donations, sous le prétexte d'un prétendu défaut d'acceptation, des actes qui en présentent en réalité tous les caractères.

Ainsi, tandis que, nous l'avons vu, il ne semble pas que les renonciations ouvertement conventionnelles puissent réaliser une donation indirecte valable, les renonciations unilatérales le peuvent, mais elles ne seront vraiment efficaces à titre de donation que si, avant ou après, elles ont reçu l'assentiment du donataire, qui ne peut être tenu contre son gré des obligations, pécuniaires ou morales, qui incombent à un donataire.

II. — Mais cette acceptation ne sera-t-elle pas soumise à certaines règles de forme ? Il ne saurait être question d'appliquer ici l'article 932 du Code civil qui exige une acceptation expresse et authentique. Soumettre l'acceptation des donations indirectes à la seconde de ces conditions serait rendre inopérante l'immunité qui leur a été reconnue au regard de l'arr-

(1) T. III, n° 1631. — *Sic* : VOIRIN, note précitée au D. P., 1939, 1, 5, § II, B.

(2) *Ibid.*

ticle 931. La soumettre à la première serait peu compatible avec le caractère du procédé par lequel se réalise la donation : en retirant à l'acte son caractère neutre, cela risquerait de retirer à la donation qui y est contenue le principe même de sa validité. Aussi une doctrine très ancienne et très générale proclame-t-elle, à la suite de Toullier, que « les donations indirectes... ne sont pas soumises à la formalité de l'acceptation expresse »¹. L'acceptation de la remise de dette, telle qu'elle est organisée par le Code civil², résulte de la réception du titre et n'est donc pas expresse ; et même dans les cas où la remise elle-même est expresse, son acceptation peut, selon la jurisprudence, être tacite³.

Pourra-t-elle résulter du seul silence de l'intéressé ? Pour prétendre que celui-ci était suffisant, on s'est placé successivement à un double point de vue.

On a prétendu parfois justifier l'acceptation par le silence comme procédé technique de validation de la donation. Cela n'est guère admissible : les donations sont soumises à un régime de défaveur, qui s'applique quant au fond, même aux donations indirectes : « si donc elles échappent à la règle de l'acceptation expresse, le procédé technique de l'acceptation par le silence n'est pas, néanmoins, admissible ; car il tend à favoriser la conclusion d'un contrat et, précisément, la loi tient en suspicion le contrat de donation »⁴. Que l'on n'objecte pas que la stipulation pour autrui ou le transfert de titres nominatifs valent sans acceptation du bénéficiaire : la première ne produira effet que si elle est acceptée ; quant au transfert, il ne vaut donation que par une acceptation qui pourra résulter des circonstances : en exerçant les prérogatives qui s'attachent à la propriété du titre nominatif, le bénéficiaire acceptera par là même la donation faite à son profit. Le pur silence sera inefficace ; cessera-t-il de l'être lorsqu'il sera joint à la connaissance du transfert ? cela dépendra des circonstances : il faudra rechercher la volonté réelle des parties, et ne pas s'attacher à l'artifice d'un procédé technique. Cela oblige à se demander si, du moins, l'acceptation par le silence n'est pas parfois conforme à la nature des choses.

La Cour de cassation semble admettre qu'il en peut être ainsi — ce qu'apprécieront souverainement les juges du fond — lorsque l'offre sera dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée⁵. M. Voirin critique cette solution, et il s'appuie pour le faire sur l'article 64 de la loi du 13 juillet 1930 : ce texte, dit-il, a prévu l'acceptation expresse ou tacite de la stipulation pour autrui contenue dans le contrat d'assurance sur la vie, et il a par là même exclu l'acceptation par le silence ; cette exclusion est confirmée par l'alinéa 3 qui, après le décès du stipulant, organise une procédure en vue de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à déclarer s'il accepte, ce qui exclut même l'acceptation tacite. Or, en cas de stipulation pour autrui, l'acceptation de la donation indirecte se confond avec l'acceptation du droit direct dont la donation n'est qu'une modalité. « Ainsi, dans le seul cas où elle réglemente l'acceptation d'une opération susceptible de réaliser une donation indirecte, la loi rejette nettement l'acceptation par le silence »⁶ : en cela d'ailleurs, elle ne fait que se conformer à la nature

(1) TOULLIER, t. V, 1830, nos 215-216 ; AUBRY et RAU, 5^e éd., par MARTIN, t. X, § 658.

(2) Art. 1282.

(3) Voir DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 449.

(4) VOIRIN, note précitée au *D. P.*, 1939, 1, 5, § II, B, p. 7, col. 2.

(5) Req. 29 mars 1938, Bert c. Nicoleau et Calvo, *D. P.*, 1939, 1, 5, et note VOIRIN, précitée.

(6) VOIRIN, note précitée, § III, p. 9, col. 2.

des choses, car, si un remerciement vaut volonté d'accepter, le silence montre au contraire le peu de cas qu'on fait du bienfait.

L'argumentation ingénieuse de l'éminent civiliste ne nous paraît pas convaincante : d'une part, en un sens, elle prouve trop : l'alinéa 3 excluait, non seulement l'acceptation par le silence, mais encore l'acceptation tacite, que pourtant l'alinéa 1^{er} consacre ; d'autre part, si l'acceptation ne peut résulter automatiquement du seul silence de l'intéressé, abstraitement envisagé, ce silence, lorsqu'il est replacé dans les circonstances qui l'entourent, peut valoir acceptation, et l'on se montrera d'autant moins exigeant pour l'admettre que cette acceptation ne créera pour lui aucune obligation : il semble bien que, dans l'arrêt du 29 mars 1938¹, la Cour de cassation ait fait résulter l'acceptation moins du silence lui-même que des circonstances qui l'entouraient. Et l'on ne voit pas en quoi on pourrait le lui reprocher : l'acceptation est une condition de fond des donations indirectes, qui peut se traduire en n'importe quelle forme, souverainement interprétée par les juges du fond.

Du moins doit-elle émaner du donataire lui-même, ou s'il est incapable, de son représentant dûment habilité. De là peut naître une double question qu'il nous faut évoquer.

III. — Les donations indirectes se réaliseront fréquemment dans les rapports de famille : ce sera, par exemple, un père qui contractera une assurance sur la vie dont il attribuera le bénéfice à ses enfants mineurs, ou bien qui acquerra des titres nominatifs qu'il fera immatriculer au nom des mêmes enfants mineurs. En pareil cas, l'acceptation pourra émaner, en vertu de l'article 935 du Code civil, d'un ascendant quelconque, qui agira sans avoir besoin d'une autorisation du conseil de famille pour représenter son descendant incapable². Mais l'ascendant même qui est l'auteur de la donation ne peut-il l'accepter ?

La question a été posée à propos du transfert de titres nominatifs, et elle a été plus ou moins confondue avec celle de savoir si l'acceptation devait ou non intervenir du vivant du donateur, autrement dit si la donation indirecte par transfert de titres nominatifs constituait un véritable contrat exigeant le concours actuel des volontés du donateur et du donataire : pouvait-on valider à titre de donation indirecte un transfert resté ignoré du donataire jusqu'au décès du bienfaiteur ? La jurisprudence a été sur ce point hésitante, nous aurons l'occasion de revenir sur cette question : tantôt elle a considéré que le transfert produit son effet par le seul accomplissement des formalités légales et « n'a pas besoin d'être accepté par le bénéficiaire »³, tantôt elle a affirmé au contraire que l'acceptation était nécessaire à la validité des donations indirectes⁴ : mais dans ce dernier cas elle ne paraît pas s'être posé la question de savoir si l'ascendant,

(1) Précité, *D. P.*, 1939, 1, 5. — Ainsi cet arrêt se concilierait avec : Civ. r. 28 janv. 1903, époux Desclaux-Boulon c. Dodon et consorts Duboscq, *D. P.*, 1903, 1, 238. — Sur la possibilité d'interpréter le silence comme valant révocation de testament, alors pourtant que cette révocation est essentiellement formaliste, voir : DESBOIS, note *J. C.P.*, 1946, II, 2918, sous Bourges, 13 avril 1943, veuve Boutry ès-qualités c. Vivien ès-qualités et demoiselle de Marne.

(2) Voir Montpellier, 14 mars 1934, Fagedet c. Vidal, *D. H.*, 1934, 324.

(3) Trib. civ. Seine, 16 juin 1902, reproduit sous l'arrêt confirmatif de Paris, 22 avril 1904, *S.*, 1906, 2, 276, lui-même cassé par Civ. c. 18 oct. 1909, veuve Morizot et époux Guérard c. Comp. Le Phénix et autres, *S.*, 1911, 1, 489 et note A. TISSIER.

(4) Req. 11 déc. 1907, Stradi c. d'Hardivillier et Fabre, *S.*, 1911, 1, 137 et note E. NAQUET ; Civ. c. 18 oct. 1909, veuve Morizot, cité à la note précédente.

dont émanait la donation, ne devait pas être réputé l'avoir acceptée au nom de son descendant en même temps qu'il la réalisait en son nom propre.

Nous pensons cependant que, si la question était soumise à nos tribunaux, ils la trancheraient par la négative. Un arrêt de cour d'appel, à propos d'une donation-partage authentique, faite conjointement par deux époux, en décidant que chacun des époux devait être censé avoir accepté pour les enfants mineurs la donation faite *par son conjoint*, paraît lui refuser implicitement le droit d'accepter la donation faite *par lui-même*¹. Cette solution résulte également des motifs d'un arrêt de la Cour de cassation de 1892². Elle devrait certainement être étendue aux donations indirectes.

Cependant, en ce qui concerne la stipulation pour autrui, la Cour de cassation a admis l'acceptation par le père stipulant au nom de son enfant mineur³. A en croire M. E.-H. Perreau⁴, cette solution ne préjugerait pas de la question générale de la possibilité d'acceptation par l'ascendant donateur au nom du donataire mineur : en effet, la stipulation pour autrui n'est pas une offre de contracter, mais « la source d'un droit direct et immédiat au profit du bénéficiaire » ; dès lors, la déclaration du bénéficiaire de vouloir en profiter n'est pas partie intégrante d'un contrat, « c'est un acte unilatéral parfait en lui-même et doué d'une existence propre » : cette déclaration peut être faite par le stipulant au profit du bénéficiaire sans qu'on puisse lui reprocher de traiter avec lui-même.

C'est donner à la prétendue prohibition des contrats avec soi-même une base bien formaliste. Cette prohibition est surtout justifiée lorsqu'il y a représentation des intérêts d'autrui, et non pas de sa volonté, « lorsque la représentation se fonde sur une idée de protection de la personne du représenté : cette protection n'est plus assurée si le représentant a l'absolue maîtrise du contrat où ses intérêts directs s'opposent aux intérêts de la personne qu'il a la mission de représenter »⁵. Et les auteurs dégagent de l'ensemble des dispositions du Code civil « cette règle générale que le contrat avec soi-même est interdit dans la représentation des incapables »⁶. Mais, s'ils ont visé le « contrat », c'est parce que c'est la situation la plus fréquente, la situation-type. Or, il peut exister en dehors du contrat une opposition d'intérêts analogue : on n'admettrait pas, par exemple, même s'il n'existait pas un texte en ce sens, que le tuteur représentât son pupille dans une procédure dirigée contre lui. Il faut, par conséquent, prohiber la représentation d'autrui toutes les fois qu'il y a opposition d'intérêts entre le représentant et le représenté, quelle que soit la forme technique dans laquelle se traduit cette opposition. Or, dans la stipulation pour autrui, les intérêts du stipulant et ceux du bénéficiaire sont en opposition : si le bénéficiaire accepte rapidement, le stipulant perdra son droit de révocation et ne pourra plus s'attribuer le bénéfice de l'opération ; d'ailleurs, la stipulation pour autrui réalisée à titre gratuit crée entre donateur et donataire des liens personnels qui ne peuvent naître que du consentement des deux parties : même s'il est le fils ou le petit-fils du stipulant, le bénéficiaire peut, pour des raisons morales, désirer ne pas jouir d'un avantage, créé

(1) Paris, 23 juin 1849, *Horiot c. Olliger*, S., 1849, 2, 554. Comp. : Poitiers, 20 fév. 1861, *Cosset c. Barlus et Deschamps*, S., 1861, 2, 465, espèce où, en vertu d'une clause de l'acte, chacun des époux acceptait la part donnée par son conjoint.

(2) Civ. r. 27 juill. 1892, *Marty c. Gouzes et autres*, S., 1893, 1, 121.

(3) Civ. r. 25 avril 1903, *Lambey c. veuve Béraud*, S., 1903, 1, 329, sur pourvoi contre Besançon, 11 nov. 1898, S., 1902, 2, 41 ; arrêt commenté par M. E.-H. PERREAU, *Rev. crit.*, 1904, pp. 85-88.

(4) Article cité, not. pp. 86-87.

(5) RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 151.

(6) *Ibid.*

au détriment de ses frères et sœurs, par exemple. Aussi croyons-nous que la stipulation pour autrui ne pourra être acceptée par le stipulant au nom du bénéficiaire.

Ne pourrait-on du moins soutenir qu'une volonté qui serait manifestée en ce sens ne serait pas dépourvue de toute efficacité ? les termes n'ont pas une valeur sacramentelle, et il serait possible de lui faire produire effet, un effet limité d'ailleurs, mais en l'analysant d'autre manière : c'est M. E.-H. Perreau lui-même qui indique cette analyse, suggérée par les termes de l'arrêt, montrant par là que la première ne lui paraissait pas entièrement satisfaisante. L'acceptation du stipulant au nom du bénéficiaire, nulle en tant que telle, vaudrait comme renonciation à la faculté de révoquer. Une telle renonciation est-elle possible ? cette question, qui nous ramène à la période antérieure à l'acceptation, sera étudiée dans la seconde section de ce chapitre. Si elle recevait une réponse affirmative, la manifestation de volonté du stipulant laisserait intacte la faculté d'accepter, que le bénéficiaire devrait exercer par lui-même.

IV. — Ainsi s'applique ici le principe général : la donation indirecte ne peut être efficace que si elle est acceptée, mais cette acceptation peut être réalisée en une forme quelconque. Elle devra sans doute, si elle émane d'un incapable, être faite suivant les règles de représentation ou d'habilitation qui régissent son incapacité. Mais ces règles, qui présentaient dans la donation authentique le caractère de règles de forme, à raison du lien intime qui les unissait aux formalités proprement dites, retrouvent ici leur nature propre de règles de fond, et cela se traduit dans le régime de la sanction.

Tandis que le défaut d'habilitation du donataire, dans une donation formaliste, est sanctionné, comme le respect de l'ensemble des formalités légales, par la nullité absolue de la disposition¹, il n'est sanctionné, dans la donation indirecte ou déguisée, que par une nullité relative que seul peut invoquer le donataire ou son protecteur légal². C'est surtout à propos de l'incapacité de la femme mariée que la jurisprudence avait eu l'occasion de poser ces principes³. La solution ne présente plus sur ce point qu'un intérêt rétrospectif : la loi du 18 février 1938 a abrogé l'article 934 qui soumettait à l'autorisation maritale l'acceptation des donations faites à la femme mariée⁴ ; mais les solutions dégagées autrefois sur ce point peuvent, encore aujourd'hui, être appliquées par analogie en ce qui concerne les autres incapables, et spécialement les mineurs.

Vainement objecterait-on que, par sa place dans la section « De la forme des donations entre vifs », l'article 934 révélerait la nature de « règle de forme » de la disposition qu'il contient : le même argument vaudrait pour l'article 935, relatif à l'acceptation des donations faites aux mineurs. Et ce n'est pas le renvoi, contenu en ce dernier texte, au titre « De la minorité », qui peut faire disparaître l'analogie, car l'article 934 renvoyait de même aux articles 217 et 219. La nullité des donations indirectes adressées

(1) Civ. c. 14 juill. 1856, Lazare c. époux Roth, S., 1856, 1, 641, D. P., 1856, 1, 282.

(2) Civ. c. 30 nov. 1896, dame Grégoire c. Huet, S., 1897, 1, 89, D. P., 1897, 1, 449 ; *contra* : Aix, 10 mars 1880, Pierrugues c. Dol, S., 1881, 2, 49 et note LABBÉ.

(3) Voir par ex. : CHARMONT, *Rev. crit.*, 1890, pp. 12-17 ; A. TISSIER, *Rev. crit.*, 1898, pp. 593-596 ; S. DALLIGNY, thèse citée, ch. 5, sect. 2. — Comp. : Req. 12 mars 1918, veuve Paulin Roy, c. dame Pauline Roy (S., 1921, 1, 70), dont les motifs ne sont pas absolument précis, mais qui témoigne de la même tendance.

(4) Voir cep. : NOUVEAU, thèse citée, p. 75, selon lequel les lois de 1938 et 1942 n'ont pas aboli les bonnes mœurs, de sorte que l'acceptation par la femme des donations à elle faites devrait être autorisée par le mari.

à des incapables et acceptées par eux sans les habilitations légales ne saurait donc être une nullité absolue.

Mais, à l'inverse, on ne saurait soutenir que cette nullité n'existe pas et que les donations indirectes peuvent être acceptées sans aucune habilitation : on avait sans doute prétendu, avant 1938, fonder la nullité des donations indirectes ou déguisées faites à la femme mariée et acceptées par elle sans autorisation sur des raisons d'ordre moral et des motifs de dignité du mariage¹, de sorte que les mêmes raisons ne vaudraient pas à l'encontre des donations adressées à un autre incapable : il est facile de répondre que, à supposer même que des considérations d'ordre moral ne se retrouvent pas quant aux autres incapables et que par conséquent l'on puisse considérer la conclusion comme logiquement déduite des prémisses, celles-ci ne s'imposent nullement : la loi du 18 février 1938, en abrogeant l'article 934, a montré par là que, dans l'esprit de ses auteurs, la règle qu'il édictait était un corollaire de l'incapacité de la femme mariée, et non pas une pièce de l'organisation juridique et morale de la famille. Dès lors, il n'existe aucune raison valable de ne pas appliquer aux autres incapacités le même corollaire : les donations indirectes qui seraient faites au mépris de ces incapacités seraient frappées d'une nullité relative².

§ 2. La donation indirecte acceptée est irrévocable.

Telles sont les conditions auxquelles peut se réaliser une acceptation valable. Il faut maintenant en préciser les effets. Ils se déduiront de deux éléments complémentaires : quelle était la situation antérieure à l'acceptation ? quelle sera la situation postérieure ? De ces deux éléments, c'est incontestablement le second qui sera le plus facile à définir : on discute, en effet, pour savoir si l'acceptation est une condition de validité de la donation indirecte ou seulement une condition de son efficacité³, mais il est admis que la donation une fois acceptée est parfaite et la discussion ne porte guère que sur les modalités selon lesquelles se réalise cette perfection.

En ceci encore se traduit le principe énoncé au début de cette troisième partie : la donation indirecte est soumise à toutes les règles de fond des donations, et notamment à celle de l'irrévocabilité. Sans doute cette dernière, on l'a déjà indiqué, pourrait paraître à certains égards constituer une règle de forme : dans la donation sous forme de reconnaissance de dette, par exemple, elle se traduit en quelque sorte matériellement dans l'exigence d'un dessaisissement effectif du billet ; la conscience de cette irrévocabilité nous a paru l'une des caractéristiques, protectrices du consentement, qui permettent de valider les donations indirectes. Mais, tandis que le principe général est que celles-ci échappent aux règles de forme, nous nous trouvons ici en présence de règles auxquelles elles sont soumises, avec peut-être même une rigueur supplémentaire : s'il s'agit de formalités, ce sont des formalités intrinsèques.

Il faut, en réalité, distinguer deux choses : l'irrévocabilité, règle de fond, et les formes qui en assurent le jeu : ces formes existent dans toutes les donations, authentiques ou non, mais elles ne sont pas les mêmes dans les unes et les autres, et elles apparaissent peut-être moins artificielles,

(1) A. TISSIER et S. DALLIGNY, *locis citatis*.

(2) Caen, 30 déc. 1878, Lemarchand c. Godard, *D. P.*, 1880, 2, 1 ; MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 8.

(3) Cf. *infra*, sect. 2.

plus intimement liées aux règles de fond, dans les donations indirectes : ici encore se manifeste le lien entre forme et fond : l'irrévocabilité, règle de fond, se traduit dans le dessaisissement, règle de forme.

Mais, s'il a pu paraître que la règle formaliste du dessaisissement souffrait, sinon de véritables dérogations, du moins quelques accommodements, il n'en est pas de même de celle de l'irrévocabilité, laquelle joue à plein dès que sont réunis les deux consentements qui confèrent à la donation sa pleine valeur. Certes, une opération qui pouvait à première vue paraître constituer une donation indirecte, une reconnaissance de dette, par exemple, sera parfois validée quoique l'irrévocabilité n'en soit pas assurée et que le rédacteur y ait introduit une clause lui réservant la possibilité d'en modifier les effets, mais c'est qu'alors les juges l'auront analysée comme une disposition testamentaire, qui ne sera valable que si elle remplit les conditions de forme imposées à ce genre de dispositions, c'est-à-dire normalement si elle est entièrement écrite, datée et signée de la main de son auteur¹.

L'emprise de cette règle de l'irrévocabilité est telle que, parfois, elle fait échapper l'acte à une cause de nullité à laquelle sa nature le soumettrait : c'est ainsi que, en dépit de l'article 1975, la rente viagère créée à titre gratuit est valable même si elle a été constituée sur la tête d'une personne décédée dans les vingt jours d'une maladie dont elle était déjà atteinte lors de la conclusion du contrat² : en pareil cas, en l'absence de contre-partie, il n'y a plus cette présomption de vice du consentement qui est à la base de la règle légale : le disposant, qui pouvait ne rien donner, a pu vouloir faire une disposition dont il était prévisible qu'elle serait de peu d'importance.

En droit, il n'est cependant de règle si absolue qui ne souffre quelque exception, et l'on a pu dire que « dans certaines catégories de donations », et spécialement de donations indirectes, « l'application de la règle de l'irrévocabilité était dès à présent écartée par notre législation positive »³. Ces exceptions prétendues peuvent être ramenées à trois, dont il nous faudra apprécier la réalité et la portée.

Deux d'entre elles ne sont que la transposition dans la matière des donations indirectes de règles qui existent déjà de droit commun ; la troisième serait au contraire propre aux donations indirectes, plus précisément aux stipulations pour autrui, lesquelles, à l'inverse, échapperaient aux causes de révocation de droit commun : elles seraient soumises à leur statut propre, exclusif des règles générales des donations : de sorte que, à propos de ces causes de révocation, se pose à nouveau le problème de l'autonomie du régime des donations indirectes.

I. — La première exception concerne les donations entre époux : par dérogation aux principes habituels, l'article 1096 du Code civil les déclare essentiellement révocables, et, si l'on en croit certains auteurs dont l'opinion ne paraît pas s'accorder parfaitement avec les derniers arrêts de la

(1) Voir : Civ. c. 8 mai 1891, Lemmet c. veuve Abougit, S., 1896, 1, 487 ; Paris, 15 oct. 1930, veuve Troude c. demoiselle Pautte, S., 1932, 2, 25 ; R. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1931, pp. 637-638. Comp. : Civ. r. 25 mars 1924, Massey c. Salles, S., 1925, 1, 345 ; A. TRASBOT, *Rev. crit.*, 1933, pp. 31-32, § III, n° 1, I.

(2) Req. 17 fév. 1904, Lafaurière c. Vital-Barrès, S., 1904, 1, 335 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1904, p. 888, n° 78 ; note non signée au D. H., 1931, 4, sous Civ. 12 nov. 1930, Scamaroni c. Padovani.

(3) CAPITANT, dans COLIN et CAPITANT, ancienne éd., t. III, p. 785, cité par S. DALLIGNY, thèse, p. 93.

Cour de cassation, c'est ce texte que viserait à sanctionner l'article 1099, en prohibant les donations déguisées entre époux¹.

En tout cas cette nullité, applicable aux donations déguisées et aux donations indirectes clandestines, ne peut jouer en ce qui concerne la généralité des donations indirectes. Elle est exclue notamment quant aux stipulations pour autrui et assurances sur la vie au profit d'autrui. Mais, si celles-ci ne sont pas frappées par la sanction exceptionnelle du déguisement, elles restent soumises à la règle de la révocabilité entre époux. Cela n'est guère discuté quant au principe². Vainement objecterait-on que, selon l'article 1121, la stipulation pour autrui devient irrévocable dès qu'elle a été acceptée : c'est là forcer le sens de cet article, qui précise seulement, de manière expresse, que la stipulation est révocable jusqu'à son acceptation : on peut en déduire implicitement qu'elle sera irrévocable après l'acceptation, mais cet argument, comme tout raisonnement *a contrario*, ne vaut que dans la mesure où il ramène au droit commun : ce droit commun, ce sera celui auquel est soumise l'opération concrète que sert à réaliser l'acte neutre qu'est la stipulation pour autrui : celle-ci, tout en restant telle, constitue la plupart du temps une donation indirecte, soumise à ce titre à la fois à l'irrévocabilité de principe que comporte pareille disposition, et aux exceptions que souffre cette irrévocabilité³, notamment entre époux. On pourrait même ajouter, avec M. Pierre Raynaud, que la révocabilité n'est pas propre aux donations, mais constitue « un des traits caractéristiques des engagements entre époux »⁴ : ainsi s'explique-t-on que la Cour de cassation ait, dans un arrêt récent⁵, proclamé le caractère révocable de la stipulation pour autrui en le fondant, non pas sur l'article 1096, mais sur les articles 1388 et 1395 et l'affirmation des droits immeubles du mari comme chef de la communauté.

Mais, si le principe de la révocabilité des stipulations pour autrui réalisant donations indirectes entre époux n'est guère contesté, il en est autrement de ses modalités d'application, qui ont donné lieu à deux ordres principaux de difficultés. Il s'agit tout d'abord de savoir quel sera l'effet de cette révocation, sur quoi elle portera : autrement dit quel est l'objet de la donation indirecte : cette question sera étudiée plus loin⁶. Il s'agit d'autre part de définir ce qu'il faut entendre par donation entre époux : l'article 1096 ne s'applique en effet que si la donation est faite « entre époux, pendant le mariage » : or, dans la réalisation des donations indirectes on peut distinguer plusieurs moments : lequel d'entre eux faudra-t-il prendre en considération pour dire si la donation a été réalisée pendant ou avant le mariage ? Le Tribunal civil de la Seine⁷ s'est vu soumettre la question dans des circonstances à vrai dire un peu particulières : peu de jours avant son mariage, un individu contracte une assurance sur la vie au profit de sa future épouse, et, le jour du mariage, il signe un avenant à son profit la désignant, cette fois, sous son nom de femme mariée :

(1) Cf. *supra*, chap. 1^{er}.

(2) Voir les autorités citées par NAST (note signée M. N. au *D. P.*, 1936, 2, 54, sous Paris, 3 fév. 1934, dame Fauchon c. Fauchon et Parent) et par DEMOGUE (*Rev. trim.*, 1927, pp. 446-447, n° 33).

(3) SAVATIER, *Rev. trim.*, 1930, pp. 826-828, n° 4, notamment 3° ; NAST, note précitée au *D. P.*, 1936, 2, 54.

(4) Note au *J. C. P.*, 1943, II, 2331, sous Civ. c. 8 fév. 1943, Félix Fauchon et Parent c. dame Félix Fauchon.

(5) Civ. 8 fév. 1943, cité à la note précédente.

(6) *Infra*, ch. 3.

(7) 24 fév. 1926, *Gaz. Trib.*, 1927, 1, 2, 211, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1927, pp. 446-447, n° 33.

comme cet avenant n'aurait autrement pas de sens, on doit l'interpréter comme novant en quelque sorte l'intention libérale, lui attribuant une nouvelle qualité et transformant l'opération en donation entre époux, révocable par conséquent malgré l'acceptation de la femme : bien entendu, il faut supposer que cette acceptation n'était pas intervenue avant le mariage, sans quoi l'avenant aurait été impuissant à modifier la nature d'une stipulation dont le contenu était irrévocablement fixé.

Mais les espèces ne se présentent malheureusement pas toutes avec la même simplicité : si l'attribution du bénéfice de l'assurance est antérieure au mariage, mais si les primes ont été payées, en tout ou en partie, pendant le mariage, y aura-t-il donation entre époux ? pour le dire, ne faudra-t-il pas distinguer selon le moment auquel est intervenue l'acceptation ? Il ne suffirait pas, pour résoudre le problème, d'affirmer qu'« un acte reste ce qu'il a été à l'origine, ce que les parties ont voulu qu'il soit »¹. D'une part, on peut se demander si le droit du donataire en tant que tel naît dès le jour de la stipulation ou seulement par son acceptation : problème que, pour des raisons de méthode, nous réservons pour l'instant. D'autre part, s'il est bien certain que, au plus tard au moment de l'acceptation, le bénéficiaire est titulaire d'un droit nettement défini, il reste au stipulant la possibilité, sans toucher à l'existence de ce droit, de modifier son quantum en s'abstenant de payer les primes : mais ceci se relie à la question, plus générale, et que nous aborderons bientôt, de savoir si la stipulation pour autrui, même acceptée ; n'est pas soumise à des causes de révocation qui lui soient propres, et indépendantes de la théorie générale des donations.

II. — Auparavant nous devons examiner une seconde dérogation au principe de l'irrévocabilité des donations. Elle n'est pas, à vrai dire, de même nature que la première, et l'atteinte qu'elle porte au principe est beaucoup moins profonde. Avec les donations entre époux, c'était la suppression totale, dans un domaine limité, du principe de l'irrévocabilité : au point que l'on avait prétendu parfois que si, quant à la forme, les donations entre époux constituaient bien des donations entre vifs, elles étaient au fond de véritables dispositions testamentaires², d'où l'on déduisait que la capacité exigée était, du moins quant aux donations de biens à venir, celle qui est de mise pour les testaments. Ici, au contraire, l'exception a un champ beaucoup plus vaste, puisqu'elle s'applique à toutes les donations, mais une efficacité plus restreinte : le principe de l'irrévocabilité subsiste, il reçoit seulement des atteintes limitées : la donation est révoquée de plein droit en cas de survenance d'enfant, elle peut être révoquée judiciairement à la demande du donateur, en cas d'inexécution des charges ou d'ingratitude du donataire ; l'un des cas d'ingratitude fait d'ailleurs l'objet d'une disposition spéciale : en cas de divorce, les avantages et donations contenus dans le contrat de mariage³ et bénéficiant à l'époux coupable se trouvent révoqués⁴. Ici encore les discussions les plus âpres ont porté sur l'objet de la révocation, et les solutions seront à ce point de

(1) PÉLISSÉ DU RAUSAS, thèse citée, pp. 194-195.

(2) Voir la discussion de la question dans JOSSEMERAND, *Cours*, t. III, nos 1818 à 1820. — Comp. : Req. 10 juillet 1944, époux Thommeret c. Mari et autres, *S.* 1944, 1, 132, *D.*, 1945, J., 82, *J. C. P.*, 1944, II, 2732 et note P. VOIRIN : à la différence des donations ordinaires, et par analogie avec les legs, les donations de biens à venir consenties entre époux au cours du mariage peuvent valablement porter sur des biens dotaux.

(3) Auxquels ne s'applique pas l'art. 1096.

(4) La jurisprudence étend cette règle à la séparation de corps.

vue les mêmes que celles qui seront dégagées à propos de la révocabilité des donations entre époux.

Mais on a discuté aussi sur le principe même de l'application de ces causes de révocation à la stipulation pour autrui, pour des motifs souvent différents de ceux invoqués dans le cas précédent. Certains auteurs, qui refusaient d'appliquer l'article 1096, en invoquant le droit direct du tiers bénéficiaire et la disposition finale de l'article 1121, soumettaient au contraire volontiers la stipulation à la révocation motivée par une des causes sus-énoncées, sous prétexte que cette révocation constituait une véritable peine privée. D'autres, à l'inverse, qui paraissaient admettre la révocabilité entre époux, se refusaient à faire de même quant aux causes particulières de révocation, mais les motifs invoqués sont très imprécis, ainsi que la portée de la solution : sans contester la révocabilité de l'assurance sur la vie, ils prétendent que celle-ci ne peut être révoquée de plein droit, ce qui exclurait seulement la révocation pour cause de survenance d'enfant et peut-être pour cause de divorce¹ ; mais, d'autre part, ils notent que l'article 960 ne s'applique qu'aux seules libéralités : « or, si l'assurance-vie n'est une libéralité ni au point de vue de la réduction ni au point de vue du rapport, il paraît, en vérité, singulièrement contradictoire, dit-on, de la considérer comme une libéralité au point de vue de la révocation pour survenance d'enfant »² : motif qui, s'il était exact et déterminant, vaudrait aussi bien pour les autres causes de révocation.

La vérité, c'est, ici encore, que la stipulation pour autrui réalise bien une véritable libéralité, et que, à ce titre, elle est soumise à l'entier régime des libéralités, et notamment à toutes les causes habituelles de révocation. L'acquisition d'un droit direct par le bénéficiaire n'y change rien : son existence intéresse le processus suivant lequel le droit est acquis, non le titre gratuit ou onéreux qui est à la base de ce processus : or, ce qui justifie le principe de l'application ou de l'exclusion des règles des libéralités, c'est ce titre gratuit ou onéreux, tandis que le procédé technique employé ne peut influer que sur les modalités de cette application. La théorie du droit direct, qui intéresse essentiellement les rapports du bénéficiaire avec les tiers, ne modifie pas la nature de ses rapports avec le stipulant : or la stipulation ne s'explique que par l'intention libérale ; « si le Code civil édicte ou prévoit... des cas de révocation ou de déchéance des libéralités, c'est parce qu'il présume que le donateur, s'il avait pu connaître, lors de la donation, les circonstances survenues postérieurement, n'aurait pas gratifié le donataire : ces circonstances entraînent chez lui retrait de l'intention libérale et c'est la raison pour laquelle, à titre exceptionnel, la libéralité est rétroactivement mise à néant »³. La stipulation pour autrui doit être anéantie, comme les autres effets de l'intention libérale, dans toute la mesure où elle est réalisée à titre gratuit.

La nature particulière de la stipulation pour autrui ne la fait donc pas échapper aux causes habituelles de révocation des donations. Est-ce que, à l'inverse, elle n'est pas soumise à des causes ou des possibilités de révocation propres, qui ne se retrouvent pas dans le droit commun des libéralités ? On peut, pour le prétendre, se rattacher soit aux principes généraux de la stipulation pour autrui, soit à des textes positifs de la loi.

(1) Encore que la règle légale de l'art. 299 corresponde de manière quasi certaine à la volonté de l'époux donateur.

(2) E. PILON, *Rev. trim.*, 1902, p. 929, n° 26 ; *contra* : DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1919, pp. 510-511, n° 17 ; L. HUGUENY, *Rev. trim.*, 1920, pp. 389-390, n° 7 ; comp. R. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1902, pp. 895-896, n° 20.

(3) PICARD et BESSON, t. IV, n° 199, p. 483.

III. — Avant 1930, on s'était demandé s'il n'était pas permis au stipulant de se réserver le droit de révoquer la disposition, même après l'acceptation du bénéficiaire, soit pour en attribuer le bénéfice à une autre personne, soit même pour se l'attribuer à lui-même, en exerçant par exemple le rachat de la police¹ ; et l'on invoquait, en faveur de la licéité d'une pareille réserve, deux arguments principaux. Tout d'abord, disait-on, les articles 894 et 944 du Code civil ne visent que la donation directe, laquelle se distingue de la stipulation pour autrui en ce que, dans cette dernière, ce n'est pas du patrimoine du donateur qu'est sorti l'objet de la donation. Nous avons déjà dit combien artificielles étaient de pareilles raisons, et nous n'y revenons pas. Mais on a, de plus, fait remarquer que l'article 1121, tel que l'interprétait la jurisprudence sur le droit direct, séparait nettement la question de l'acquisition du droit et celle de sa révocabilité, puisque le droit existe dès la stipulation et alors que, en l'absence de toute acceptation, il est encore révocable ; dès lors, pourquoi ne pas prolonger cette séparation au delà de cette période et ne pas permettre le maintien de la révocabilité même après l'acceptation ?

Cela est déjà difficilement soutenable si la stipulation est réalisée à titre onéreux² ; mais en matière d'actes gratuits, cette conception constitue une extension inadmissible d'un texte exceptionnel au détriment d'un principe général auquel il n'est pas apporté de dérogation expresse : dès que la rencontre des volontés est réalisée dans la donation, il n'est pas permis au donateur de se réserver une faculté de révocation discrétionnaire, qui ne l'inciterait que trop à donner à la légère.

M. Édouard Lambert est obligé de reconnaître la faiblesse de ces arguments de texte, mais il pense³ que la jurisprudence avait le droit, pour obéir aux poussées de la pratique, de consacrer cette faculté de révocation. Un Code n'est pas quelque chose d'inerte : sans doute ; mais nous ne voyons pas en quoi les nécessités pratiques postulent qu'une telle liberté soit laissée aux parties. Dès 1884, se fondant sur les articles 932 et 944 du Code civil, la Cour de cassation s'était refusée à valider la stipulation pour autrui que le stipulant donateur s'était réservé la faculté de révoquer même après acceptation⁴. La doctrine contemporaine se prononce dans le même sens : la stipulation pour autrui acceptée est absolument irrévocable, sauf exceptions légales limitées⁵ : l'article 64, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 juillet 1930, qui énonce ce principe en ce qui concerne l'assurance sur la vie au profit d'autrui, ne figure point parmi les textes qui édictent une simple faculté et auxquels l'article 2 permet de déroger.

Mais, à défaut d'une possibilité générale de révocation, n'existe-t-il pas des exceptions légales à la règle de l'irrévocabilité qui soient propres à l'assurance sur la vie ? On pourrait le penser, à un double point de vue.

D'une part, le paiement des primes revêt pour l'assuré un caractère facultatif⁶ ; et, si cet assuré ne peut anéantir directement le droit du bénéficiaire acceptant, ne peut-il indirectement parvenir au même résultat

(1) Voir : Ed. LAMBERT, thèse citée, Droit français, §§ 251-265, pp. 273-286.

(2) L'art. 1174 C. civ. annule l'obligation contractée sous une condition potestative de la part du débiteur.

(3) *Op. cit.*, § 265.

(4) Civ. c. 26 mars 1884, *Chenier c. Rollet et autres*, S., 1886, 1, 422 ; *contra* : Trib. civ. Seine, 31 mai 1913, *veuve Kegel c. la New-York*, motifs, D. P., 1913, 2, 361, et note DUPUICH.

(5) *Sic* : BESSON, *Cours de doctorat*, 1943-1944, chap. 1^{er}, sect. 2, § 2 ; PICARD et BESSON, t. IV, n° 207.

(6) L. 13 juill. 1930, art. 75.

en s'abstenant de payer les primes, et en provoquant ainsi la résiliation de l'assurance ?

En réalité, il est faux de voir là l'ouverture d'une faculté de révocation. Le non-paiement des primes n'aura pour effet la résiliation de la police que s'il se produit moins de trois ans après la prise d'effet du contrat ; passé ce délai, il y aura lieu seulement à réduction du capital : de sorte que l'on peut dire, en un certain sens, qu'à chaque échéance il y a une nouvelle manifestation de volonté de l'assuré, qui réalise une nouvelle donation partielle par un nouveau dessaisissement : l'atteinte à la règle d'irrévocabilité n'est donc que très limitée. Et cela d'autant plus que, si le paiement des primes est facultatif pour l'assuré, un tiers a toujours le droit de se substituer à lui pour l'effectuer à sa place : l'article 74 de la loi de 1930 consacre ce principe, qui résultait déjà de l'article 1236 du Code civil, mais que, avant 1930, on avait prétendu écarter sous prétexte du caractère personnel du droit du contractant, « celui-ci devant conserver, ...même au détriment d'un bénéficiaire déterminé ayant déjà donné son acceptation, la faculté de décider librement du sort du contrat et de renoncer aux avantages en résultant »¹ : ainsi le bénéficiaire pourra-t-il, en payant la prime, se conserver le bénéfice du contrat². Il ne pourra pas être frustré par le rachat du contrat, mode indirect de révocation, impossible après son acceptation.

L'article 79 établit, par contre, une cause de révocation qui paraît bien déroger aux règles habituelles de la donation entre vifs et être particulière aux stipulations pour autrui. Il ne s'agit pas de l'alinéa 1^{er}, qui déclare inefficace le contrat d'assurance en cas de meurtre de l'assuré par le bénéficiaire : c'est alors l'assurance elle-même qui cesse de produire effet, parce que disparaît l'aléa qui est sa caractéristique ; la donation indirecte disparaît par contre-coup, faute d'objet. Dans le cas de simple tentative, au contraire, l'assureur reste tenu, mais le souscripteur peut révoquer la stipulation faite au profit du bénéficiaire, même si celui-ci l'avait déjà acceptée : ainsi en dispose l'alinéa 3. On avait songé à interpréter ce texte comme excluant implicitement, par la disposition spéciale qu'il édictait, l'application à l'assurance sur la vie des règles générales sur la révocation des donations. Mais, en réalité, les deux réglementations n'ont point le même domaine et ne poursuivent pas le même but³ : l'article 79 s'applique même aux attributions réalisées à titre onéreux, il est impossible d'y voir une application de la révocation pour cause d'ingratitude, car le créancier n'est pas tenu envers son débiteur d'un devoir de reconnaissance ; ce qu'a voulu le législateur, ainsi que le révèle l'Exposé des motifs, ce n'est pas sanctionner un cas d'ingratitude, mais parer à un danger d'ordre public : une sanction civile vient ici compléter la sanction pénale ; et cette sanction peut jouer, à la différence de la révocation pour ingratitude, sans décision judiciaire, par une simple manifestation de volonté du contractant. Son but est donc totalement différent de celui de la révocation pour ingratitude : c'est seulement par un effet secondaire qu'elle pourra souvent permettre au contractant de parvenir au même résultat, en des formes plus simplifiées.

Ainsi subsiste et s'affirme le principe général : les donations indirectes,

(1) PICARD et BESSON, t. IV, n° 124, p. 308 ; ces auteurs n'exposent d'ailleurs l'argument que pour le rejeter.

(2) Dans ces conditions, on comprend difficilement que l'article 74 soit cité par l'article 2 comme édictant une simple faculté : voir PICARD et BESSON, *op. cit.*, p. 309, texte et note 1.

(3) Voir A. BESSON, *Cours de doctoral* précité, ch. 1, sect. 2, § 2, 1°.

et notamment celles réalisées par stipulation pour autrui, sont irrévocables dès qu'elles sont acceptées par le donataire ; elles le sont au même titre que les donations notariées, et sous les mêmes réserves ; elles deviennent exceptionnellement révocables dans les mêmes cas où le serait une donation authentique. Mais à partir de quelle date joue cette irrévocabilité ? Suppose-t-elle nécessairement l'acceptation de la donation, ou bien peut-elle jouer dès auparavant ? C'est le second point qu'il est nécessaire d'éclaircir pour préciser les effets de l'acceptation et les conditions de perfection de la donation indirecte.

SECTION II

LA DONATION INDIRECTE EXISTE-T-ELLE DÈS AVANT L'ACCEPTATION ?

En vertu d'un principe légal, les donations authentiques ne sont valables que par l'acceptation du donataire : jusqu'à ce que celle-ci soit intervenue, et même jusqu'à ce qu'elle ait été notifiée au donateur, ce dernier conserve l'acte à sa discrétion. La donation notariée est donc essentiellement un contrat : l'acceptation du donataire n'est pas exigée seulement comme une condition d'efficacité de l'acte, mais elle doit concourir avec la volonté du donateur pour en assurer l'existence même. Cette règle était en vigueur dès l'ancien droit : on avait bien tenté, à cette époque, d'y échapper, en faisant accepter l'acte par le notaire, *servus publicus* habile à stipuler au nom du donataire ; mais l'Ordonnance de Villers-Cotterets avait prohibé ces stipulations notariales, et, même dans les provinces où elle n'avait pas été mise en vigueur, la jurisprudence des Parlements appliquait la même prohibition¹.

Si la même règle doit être appliquée, aujourd'hui encore, aux donations authentiques, cela ne résout pas pour autant la question de savoir quel sera le régime des donations indirectes. La règle peut en effet se voir assigner un double fondement, et sa portée ne sera pas la même suivant l'option que l'on fera. Elle peut s'expliquer tout d'abord comme une application du principe général de l'inefficacité des manifestations unilatérales de volonté, et en pareil cas elle devra souffrir les mêmes exceptions que ce principe : c'est dire qu'elle sera dénuée de toute valeur propre en ce qui concerne les donations indirectes : toutes les fois qu'un acte abstrait unilatéral sera valable, il pourra réaliser une donation indirecte sans que vienne nécessairement s'y joindre une acceptation. On peut, au contraire, voir dans cette exigence une règle propre aux donations, revêtant pour elles une force particulière et excluant non seulement toute obligation créée par volonté unilatérale, mais même tout droit qu'un contrat pourrait créer au profit d'un tiers sans son assentiment : jusqu'à l'acceptation, par conséquent, la prétendue donation ne serait en réalité qu'une offre précaire, que son auteur pourrait révoquer à tout instant, et qui tomberait de plein droit par son décès ou par la survenance de son incapacité. Cette seconde solution se fonde sur un argument qui paraît péremptoire : si le caractère exprès et authentique de l'acceptation constitue une règle de forme, le principe même de son exigence constitue, semble-t-il, évidemment, une disposition de fond, applicable comme telle même aux donations indirectes.

A cette conclusion pourtant, la pratique paraît difficilement se prêter : il existe en effet des actes unilatéraux, qui normalement sont irrévocables

(1) Cf. *supra*, 2^e partie, titre 2, ch. 2, *in limine*.

dès le moment où se manifeste la volonté de leur auteur ; et c'est précisément cette perfection et cette irrévocabilité originaires qui nous ont paru justifier la validité des donations réalisées par le moyen de tels actes. Vaut-on maintenant, sous prétexte de les soumettre aux règles de fond des donations, atténuer cette perfection et supprimer cette irrévocabilité ? Il y a là une considération qui doit porter à réfléchir et à se demander si, à l'intérieur du régime de l'acceptation, ce n'est pas ailleurs qu'il faut placer la limite entre règles de forme et règles de fond. L'application des principes sera naturellement différente suivant la nature de l'acte qui aura été employé pour réaliser la donation indirecte, suivant que cet acte sera ou non par lui-même irrévocable, dès avant son acceptation par le bénéficiaire. Ces sont ces deux hypothèses que nous allons envisager dans les deux paragraphes de cette section.

§ 1^{er}. *Des hypothèses dans lesquelles la nature de l'acte en implique l'irrévocabilité dès avant l'acceptation.*

C'est en pareil cas que le problème est le plus complexe et a donné lieu aux plus grandes hésitations dans la jurisprudence. La donation a été réalisée sans le concours du donataire : n'aura-t-elle de valeur juridique que lorsque celui-ci en aura accepté l'effet ? ou bien aura-t-elle dès auparavant une valeur juridique ? d'autre part, pour être pleinement efficace, cette acceptation devra-t-elle porter seulement sur les effets de l'acte, abstraction faite de sa cause, ou bien aussi sur l'intention libérale qui l'a inspiré ? cette seconde question peut sans doute paraître oiseuse : le plus souvent, le donataire aura connu le mobile qui a guidé l'autre partie, et, en acceptant les effets de l'acte, il devra prendre celui-ci dans son intégralité ; il pourra toutefois se faire, en présence notamment d'une renonciation, que le bénéficiaire ne pourait être tenu des obligations du donataire¹, et le donateur pourra parfois faire annuler l'opération par suite de l'erreur commise sur sa nature. Mais cette seconde question est, à vrai dire, exceptionnelle, et c'est la première seule que nous retiendrons ici.

C'est à propos de l'immatriculation et du transfert des titres nominatifs qu'elle s'est posée dans toute son acuité : une volonté unilatérale suffit à la perfection de ces deux actes, et le Décret du 25 octobre 1934 a formellement interdit d'en subordonner la réalisation au consentement donné par le cessionnaire. Il suffit par conséquent de la seule volonté de celui qui, en souscrivant, achetant, transférant ou faisant convertir les titres, veut les mettre au nom d'une autre personne. Tel est du moins le droit commun : continue-t-il à s'appliquer lorsque c'est à titre gratuit qu'a lieu le transfert ?

Après avoir pendant une certaine période donné au transfert une valeur en quelque sorte formelle², la Cour de cassation semble aujourd'hui se rallier à l'opinion de la majorité de la doctrine : le transfert, dit-on, suppose à sa base une convention libérale dont il est l'exécution ; à défaut

(1) Cf. *supra*, sect. 1^{re}, § 1^{er}, I.

(2) Voir par ex. : Civ. c. 24 juill. 1844, préfet de la Seine c. Durand et autres, *D. P.*, 1844, 1, 321, *S.*, 1844, 1, 787, et, sur renvoi, Orléans, 9 juill. 1845, *D. P.*, 1846, 2, 31, et consultation en sens contraire de HUET, Philippe DUPIN, DUVERGIER et PAILLET ; — Civ. c. 13 nov. 1867, Juron c. Fuchez, *S.*, 1867, 1, 422. — Comp. : Civ. c. 20 juin 1876, Caisse paternelle c. Coffin et Lardenois, *S.*, 1877, 1, 450, *D. P.*, 1877, 1, 378 et rapport du conseiller Greffier.

d'entente entre les deux parties, il n'y a qu'une pollicitation, un « projet de donation »¹ ; après avoir affirmé que le transfert était, aux termes de l'article 36 du Code de commerce, un acte unilatéral, des auteurs écrivent que cependant le nouveau titulaire n'aura la qualité de donataire que s'il accepte avant le décès du donateur le transfert fait à son nom, sans quoi l'offre tombera². Les titres de rente trouvés chez le défunt et immatriculés au nom d'un tiers doivent être compris dans l'actif successoral lorsqu'il est prouvé que cette immatriculation a été demandée par le défunt à l'insu du bénéficiaire et que celui-ci l'a toujours ignorée : ainsi la volonté du défunt est-elle en pareil cas inefficace³.

Malgré le nombre et l'autorité des opinions fixées en ce sens, nous avouons ne pas être convaincu par ce raisonnement. Il repose tout entier sur l'idée que l'acceptation touche au fond du droit, et doit donc être exigée même dans les donations sans formes. Cela n'est pas absolument ni entièrement exact. L'acceptation touche au fond du droit, elle tient à la nature même de la donation en ce sens que l'on ne peut être définitivement gratifié sans l'avoir voulu. Mais, quant au moment auquel elle doit intervenir, en tant que condition d'existence et non plus d'efficacité de l'opération, elle n'est plus qu'une règle de forme, liée au mode par lequel se réalise la donation. Dans le seul cas envisagé par le Code civil, la donation se réalise sous la forme d'un acte concret, qui indique sa cause : en pareille hypothèse, l'obligation ne peut être créée unilatéralement, car il n'y a pas d'intérêt à le faire ; la loi ne donne effet qu'à l'accord des volontés, au contrat : l'acceptation est un élément nécessaire à la réalisation de cette forme, au même titre que l'engagement du promettant est un élément nécessaire du contrat qui contiendra la stipulation pour autrui. Cette acceptation, élément formel lié au type de donation réglementé par le Code civil, ne doit pas être exigée dans les autres types de donation. Elle n'est pas un élément rationnel et logique de la notion de donation : nous l'avons déjà dit⁴, et rien dans la loi ne permet de croire que ses auteurs aient voulu imposer à toutes les donations le caractère contractuel : bien au contraire, il est des textes, l'article 1121 par exemple, qui laissent clairement entendre que, dès avant son acceptation, le bénéficiaire possède un droit.

Laissons d'ailleurs de côté ce texte, dont les règles très particulières seront étudiées plus loin. Les donations indirectes sont des institutions essentiellement coutumières et jurisprudentielles ; pour dégager leurs règles, la jurisprudence a, au fond, cherché à distinguer, dans la réglementation légale des donations, ce qui était essentiel et ce qui était secondaire, ce qui était un but et ce qui n'était qu'un moyen : elle a sauvegardé les fins en substituant parfois de nouveaux moyens à ceux qu'avait prévus la loi. Or l'exigence de l'acceptation n'est qu'un moyen pratique d'assurer

(1) Comp. : Conseil d'État, 8 juin 1883, Poirault, *D. P.*, 1885, 3, 17, *S.*, 1883, 3, 31 : « le titre de rente... était demeuré la propriété de la dame veuve Perrot, à défaut d'acceptation de la donation qu'elle s'était proposé d'en faire au sieur Poirault alors mineur ».

(2) COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1635. — Dans le même sens : J. ROUSSEAU, thèse citée, n° 21 ; M. DANJOU, thèse citée, pp. 63 sq. ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, n° 420.

(3) Req. 11 déc. 1907, Stradi c. d'Hardivillier et Fabre, *S.*, 1911, 1, 137 et note NAQUET ; Civ. c. 18 oct. 1909, veuve Morizot et époux Guérard c. Le Phénix et autres, *S.*, 1911, 1, 489, et note A. TISSIER, commenté par J. HÉMAR, *Rev. trim.*, 1909, pp. 930-932, n° 8 ; Paris, 25 mars 1891, héritiers Lelarge c. Juge, *S.*, 1892, 2, 129, et note A. TISSIER ; Lyon, 11 fév. 1943, *motifs*, *J. C. P.*, 1943, II, 2283, et note J. CARBONNIER.

(4) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{re}, *in limine*. Voir aussi : NAQUET, note précitée, *S.*, 1911, 1, 137.

l'irrévocabilité, et surtout de révéler au donateur l'existence et le point de départ de cette irrévocabilité¹. Si celle-ci est assurée par d'autres moyens, et surtout si ces derniers en révèlent au donateur l'existence, il devient inutile d'exiger une acceptation.

Tel est précisément le cas du transfert de titres nominatifs : sa réalisation n'exige pas le concours du cessionnaire ; mais elle confère à ce dernier un droit de propriété incommutable : le précédent propriétaire ne pourrait anéantir ce droit qu'en obtenant son consentement et, par conséquent, en lui révélant l'existence de la disposition : ce faisant, il court le risque que, au lieu de consentir à revenir sur un acte qu'il ignorait jusqu'alors, mais qui ne lui en a pas moins conféré un droit intangible, il décide de confirmer l'entrée de ce droit dans son patrimoine en acceptant la donation. Par conséquent, le mécanisme du transfert suffit à assurer l'irrévocabilité de la disposition ; ses effets sont suffisamment connus des personnes ayant une certaine pratique des affaires, soit directement, soit par les conseils qu'elles reçoivent ; il n'est donc nul besoin, pour sauvegarder l'irrévocabilité ou pour assurer la protection du donateur, de surajouter la règle de l'acceptation expressé au mécanisme du transfert.

Ce que nous venons de dire du transfert de titres nominatifs pourrait être répété à propos de toutes les autres manifestations de volonté unilatérale. Toutes les fois que ces manifestations seront juridiquement aptes à produire une transmission définitive de valeurs, l'acceptation du donataire n'aura d'effet qu'à son égard ; mais, dès auparavant, l'opération sera parfaite et irrévocable ; elle sera soustraite aux causes de caducité habituelles des offres de contracter.

Il en sera ainsi notamment des renonciations : un auteur aussi rigoureux que M. Trasbot², pour qui l'acceptation du donataire est un élément constitutif de toute donation, même incluse dans un acte neutre, voire réalisée par un transfert de titres nominatifs, est obligé d'apporter une réserve à sa thèse pour le cas des renonciations qu'il appelle « purement abdicatives » : il ne saurait s'agir des renonciations qui, dans l'intention même de leur auteur, ne poursuivent qu'un but purement abdicatif : elles ne sont pas des donations, et il ne peut évidemment être question d'exiger en ce qui les concerne une acceptation expresse ; l'auteur n'a donc pu vouloir viser que les renonciations qui, tout en ne révélant pas leur cause et en se présentant comme neutres, ont eu, en fait, pour objet d'avantager un tiers : mais si, en pareil cas, le caractère abstrait de l'acte le dispense d'acceptation, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement des autres actes neutres, tels que celui que nous venons d'étudier. Il est vrai de dire de la renonciation ce que M. Savatier³ dit de l'acceptation héréditaire, qui est comme elle un acte unilatéral : « Par définition, l'acte unilatéral produit des effets définitifs à l'égard de toute personne sans distinction aucune... Tout le monde subit, en réalité, définitivement, les conséquences de l'acte unilatéral une fois posé ; au surplus, parmi les personnes qu'il lie, se trouve, au premier rang, son auteur lui-même ».

Par conséquent, dans cette première série de cas, la situation nous paraît simple : l'acceptation n'est nécessaire que pour l'efficacité de l'acte, elle manifeste seulement l'intention de son auteur d'en bénéficier ; mais elle peut se produire à n'importe quel moment ; quoi qu'il puisse paraître au premier abord, la donation n'est pas un contrat, et elle a, dès avant

(1) G. RIPERT, *Cours de doctorat précité*, p. 158.

(2) PLANTOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, n° 420. — *Contra* : E. PILON, *Rev. trim.*, 1904, pp. 895-896, n° 4.

(3) *Rev. trim.*, 1930, p. 163.

cette acceptation, dès avant même la connaissance que le donataire a de la libéralité, une véritable existence juridique.

L'application de ces principes était facile lorsqu'on était en présence d'un acte qui était irrévocable à la suite d'une simple manifestation unilatérale de volonté. En pareil cas, existence juridique de l'acte et irrévocabilité étaient liées, elles coexistaient depuis le moment où la volonté unilatérale s'était manifestée dans la forme voulue. Il nous faut maintenant faire application des mêmes principes à une autre forme d'actes juridiques.

§ 2. *Des hypothèses dans lesquelles la nature de l'acte n'en implique pas l'irrévocabilité dès avant l'acceptation.*

I. — Il est des actes qui ne valent que s'ils sont réalisés en forme de convention : en ce qui les concerne, la manifestation unilatérale de volonté n'est qu'une offre, soumise aux causes habituelles de caducité des offres et révocable à tout instant. Ici encore, l'acte est parfait en même temps qu'il est irrévocable : il n'a de valeur juridique que par le concours des volontés, mais à partir du moment où celui-ci est intervenu, il est impossible à l'une des parties de se réserver la faculté de revenir sur lui : tel est le sens de la prohibition de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux (article 1174 du Code civil) et du principe de l'irrévocabilité des donations.

Ce principe s'applique sans difficulté à la vente ou au bail à vil prix : même dans les cas où la faculté de révocation ne serait pas déjà annulée comme inscrite en évidence dans l'acte et enlevant à celui-ci son caractère abstrait, elle devrait être annulée comme violant une règle de fond essentielle¹ : si par exemple les exemplaires de l'acte sous seings privés constatant la vente ou le bail ont été remis à un mandataire entre les mains duquel le donateur pourrait les reprendre jusqu'à son décès, la donation est nulle pour atteinte à la règle de l'irrévocabilité².

De même, la remise de dette est essentiellement conventionnelle : c'est en cela que la renonciation aux droits personnels se distingue de la renonciation aux droits réels : par une sorte d'application du principe de la correspondance des formes, la première est bilatérale comme le rapport juridique auquel elle met fin³. Elle est envisagée comme telle par le Code civil qui la fait résulter de la remise du titre entre les mains du débiteur, ce qui suppose l'acceptation de ce dernier ; et la jurisprudence applique les mêmes principes à la remise expresse, qui n'est valable que si elle est acceptée : cette acceptation peut d'ailleurs être implicite, tacite⁴. Ici encore, la remise présente un caractère irrévocable, et le créancier ne peut se réserver la faculté de revenir sur elle à son gré⁵.

Le cas de la reconnaissance de dette paraît au premier abord différent : c'est un acte unilatéral, émané de la seule volonté du débiteur ou soi-disant tel ; mais, en réalité, cet acte ne prend de valeur que parce qu'il est remis au prétendu créancier et accepté par lui ; tant qu'il reste en la possession de son auteur, à sa merci, il ne peut valoir donation indirecte ;

(1) Req. 20 juin 1932, dame Bergier c. consorts Furnion, *D. H.*, 1932, 409, *S.*, 1932, 1, 335, et le commentaire de M. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1932, pp. 1151-1152, n° 8.

(2) Req. 20 juin 1932, précité.

(3) Voir : RAGEVS, thèse citée, pp. 38-44.

(4) Req. 29 mars 1938, précité, *sol. implicite*, *D. P.*, 1939, 1, 5 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1912, pp. 188-189.

(5) C'est peut-être cette raison surtout qui a été déterminante dans l'espèce analysée par DEMOGUE, art. cité à la note précédente.

celle-ci est réalisée en la forme d'un acte probatoire, or l'essence d'un tel acte est de se trouver entre les mains du créancier ; jusque-là, il n'a pas d'existence juridique ; c'est seulement par leur remise entre les mains du créancier que la promesse de payer et la reconnaissance de dette prennent leur valeur : elles sont donc de nature contractuelle¹. Dès qu'elles sont devenues parfaites par cette acceptation, elles sont absolument définitives, et le donateur ne pourrait valablement se réserver la faculté de revenir sur elles par la suite².

Ainsi, des premiers développements de ce paragraphe, comme de ceux du précédent, paraît se dégager l'idée que la donation est parfaite dès que l'acte par lequel elle est réalisée a une valeur juridique définitive, même s'il n'est pas encore accepté par le donataire ; à partir de ce moment seulement, joue la règle de l'irrévocabilité, tandis que jusque-là il n'y avait guère qu'une éventualité de donation. Le corollaire qui s'en dégage, c'est qu'une donation ne peut être réalisée par un acte révocable par nature, tel que le mandat confié au donataire³.

II. — Un acte toutefois paraît par sa nature mystérieuse faire échec à tous ces principes : au lieu de passer brusquement de l'état de droit éventuel à celui de droit parfait et irrévocable, le droit du donataire traverse une période intermédiaire pendant laquelle il existe déjà, mais est révocable par le donateur⁴. Tel est le régime particulier de la stipulation pour autrui, découlant de manière générale de l'article 1121 du Code civil, et précisé en ce qui concerne l'assurance sur la vie par les textes de la loi du 13 juillet 1930.

D'une part, jusqu'à l'acceptation de la stipulation par le bénéficiaire, le stipulant possède le droit de la révoquer : « prérogative essentiellement normale et naturelle », disent MM. Picard et Besson⁵. L'exercice de cette faculté peut donner lieu à de délicates questions de preuve, car, comme la révocation n'est valable que si elle précède l'acceptation, il faudra établir, et ce sera parfois difficile, l'antériorité de l'une par rapport à l'autre. Vis-à-vis de l'assureur, seule comptera la première manifestation de volonté dont il aura eu connaissance (article 64, alinéa 4, de la loi de 1930) ; dans les rapports du bénéficiaire et du stipulant, la révocation est valable par elle-même, comme l'attribution du bénéfice, et sans qu'elle ait nécessairement été signifiée au bénéficiaire : le bénéficiaire tient ses droits du contrat, et il doit subir toutes les modifications que le contrat peut lui-même subir, sans pouvoir, comme les tiers, exiger que ces modifications aient acquis date certaine par l'un des modes énumérés à l'article 1328 : comme l'écrivent MM. Picard et Besson⁶, « plus encore que la victime de

(1) JOLIVET, thèse citée, pp. 146 sq. ; E. PILON, *Rev. trim.*, 1903, p. 410 ; Caen, 30 déc. 1878, Lemarchand c. Godard, *sol. implicite*. Les arrêts suivants, qui dispensent la donation par reconnaissance de dette de la « formalité de l'acceptation » ne contredisent pas le principe posé : Req. 3 déc. 1878, Ribeyrol-Chameyrat c. Lachaize, *S.*, 1879, 1, 72, *D. P.*, 1879, 1, 271 ; Civ. 29 mai 1889, Trillon c. Begué, *D. P.*, 1889, 1, 369, *S.*, 1889, 1, 471. Toutefois, l'arrêt de Civ. r. 2 avril 1884, Antonelli c. Garcia de la Palmira (*D. P.*, 1884, 1, 277, *S.*, 1886, 1, 121), paraît en sens contraire.

(2) Voir : MAGUET, art. cité, *J. C. P.*, 1943, I, 303, n° 12.

(3) C'était le cas de l'endossement en blanc avant 1922 ; ce serait aussi celui du compte-joint. Cf. M. CLOS, thèse citée, pp. 89-93.

(4) Comp. : LABBÉ, note au *S.*, 1888, 2, 177, sous Amiens, 8 mai 1888, syndic Piot c. Piot, not. p. 178, col. 2.

(5) *T. IV*, n° 192, p. 465.

(6) *T. IV*, n° 194, p. 472. — Dans un arrêt du 5 nov. 1945 (Comp. d'assurances des Groupements Automobiles de France c. consorts Hirsch, *D.*, 1946, J., 33 et note P. L.-P.),

L'assurance de responsabilité, il ne tient son droit propre que de la convention passée entre le souscripteur et l'assureur et de la stipulation faite primitivement à son profit. Son droit est fonction à la fois de cette convention et de cette stipulation ». La date portée à l'acte de révocation lui sera donc opposable, sauf la faculté à lui réservée d'en prouver la fausseté par tous moyens. C'est d'ailleurs surtout, il faut le noter, vis-à-vis du bénéficiaire à titre gratuit que se posera la question : lorsqu'en effet l'attribution est faite à un créancier à titre de garantie, le plus souvent il en acceptera le bénéfice au moment même de l'attribution, et une révocation ultérieure sera impossible. Au contraire, « quand il s'agit d'une attribution à titre gratuit, le stipulant, même s'il désigne un bénéficiaire d'ores et déjà déterminé, ne lui révèle généralement pas l'existence de la stipulation faite à son profit, sinon le bénéficiaire pourrait, par une acceptation, rendre irrévocable la stipulation et l'empêcher de conserver la libre disposition du bénéfice »¹ : il peut vouloir, notamment, se réserver la possibilité de remettre la police en gage à un créancier, auquel cas la révocation ne sera normalement que partielle et relative, l'attribution primitive conservant son effet dans toute la mesure où elle n'est pas incompatible avec la sauvegarde des droits du créancier².

Mais le droit de révocation est d'ordre public jusqu'à l'acceptation, et le stipulant ne pourrait y renoncer : telle est du moins la solution qui se dégage d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1944, surtout lorsqu'on l'éclaire par l'opinion du conseiller rapporteur³. La stipulation au profit d'un tiers, dit la Cour suprême, « est nécessairement révocable jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire, ainsi qu'il résulte de l'article 1121 du Code civil » ; et M. Lerebours-Pigeonnière renforce cet argument par un autre, tiré de la loi de 1930 : l'article 64 de cette loi, qui prévoit cette révocabilité, ne figure pas dans l'énumération de ceux auxquels l'article 2 permet de déroger : c'est donc que la révocabilité jusqu'à l'acceptation est un principe légal certain, sans convention contraire possible. Peut-être cet argument de texte ne serait-il pas à lui seul absolument convaincant : l'article 64 vise à limiter la faculté de révocation plutôt qu'à l'établir, et l'on pourrait soutenir que c'est cette limitation seule qui est d'ordre public, mais qu'il n'est pas interdit de limiter davantage encore cette faculté, jusqu'à la supprimer en y renonçant⁴. Toutefois le raisonnement de l'éminent magistrat s'accorde trop bien avec les tendances générales de la jurisprudence et avec la nature propre de la stipulation pour autrui pour qu'on puisse le rejeter. Il est donc préférable d'admettre que la révocabilité de la stipulation pour autrui présente un caractère d'ordre public. Il semblerait devoir résulter de là que, jusqu'à son acceptation, la stipulation pour autrui n'a aucune valeur juridique et qu'elle n'acquiert celle-ci que par l'acceptation qui lui confère en même temps l'irrévocabilité.

la Cour de cassation admet à se prévaloir de l'article 1328 la victime d'un accident, titulaire d'une action directe contre l'assureur. Cela ne postule pas nécessairement la même solution pour notre cas, où le bénéficiaire demande, non plus la réparation d'un dommage, mais l'attribution gratuite d'un capital qui ne lui est dû qu'en vertu de la police.

(1) PICARD et BESSON, t. IV, n° 184, p. 442.

(2) WAHL, note au S., 1902, 2, 41, sous Besançon, 11 nov. 1898, veuve Lambey c. veuve Béraud (précité).

(3) Civ. c. 20 mars 1944, Soc. générale c. dame Dargent et autres, D. C., 1944, J., 107, et note signée P. L.-P.

(4) Comp. le raisonnement inverse de M. BESSON (note J. C. P., 1945, II, 2891, § II) à propos de l'article 34 : ce texte, visé à l'article 2, n'est susceptible de dérogation que dans la mesure où il édicte une simple faculté.

Ce serait compter sans un autre principe qui, avant d'être consacré par l'article 67 de la loi du 13 juillet 1930, avait été dégagé par la jurisprudence depuis 1884 : dès le jour de la stipulation, et même dès le jour du contrat originaire, le bénéficiaire possède un droit direct¹, qui devient irrévocable par son acceptation. Dès lors, on doit exclure non seulement l'application de l'article 932², mais encore celle des « principes généraux qui régissent la formation des contrats par l'acceptation d'une offre et en conséquence la déclaration dont parle l'article 1121 du Code civil peut être faite postérieurement au décès du stipulant, tant que l'offre n'a pas été révoquée »³. Et ce droit propre et direct du bénéficiaire existe depuis le jour du contrat originaire, non seulement lorsque la stipulation contenue dans ce contrat n'est acceptée que par la suite, mais même lorsque la désignation n'a été faite que postérieurement à la police, par avenant, cession ou endossement. Ainsi, dès le jour du contrat originaire, le bénéficiaire aura un droit opposable aux créanciers du souscripteur, alors que pourtant ce dernier aurait pu anéantir ce droit par une révocation. « La stipulation pour autrui constitue une théorie originale, distincte des catégories juridiques antérieurement admises »⁴, et ainsi s'explique-t-on qu'elle présente par rapport à la théorie générale des obligations un certain nombre de dérogations. Mais, ce qui est plus difficile, c'est d'accorder ce régime propre avec l'application des règles de fond des donations dans le cas, pratiquement très fréquent sinon le plus fréquent, où l'assurance sur la vie sert à réaliser une donation.

Nous avons en effet considéré comme l'une des règles de fond des donations, applicable par conséquent aux donations indirectes, le principe de leur irrévocabilité. Ce principe s'applique sans difficulté à la stipulation pour autrui à partir du moment où elle a été acceptée, en vertu des articles 1121 du Code civil et 64 de la loi de 1930⁵. Au contraire, avant l'acceptation, le donataire a déjà un droit, que n'éteint pas le décès du stipulant : il y a donc plus qu'une offre de contrat ; mais ce droit est révocable, et le stipulant peut, en tenant secrète la disposition, empêcher toute acceptation de son vivant et réaliser ainsi une véritable donation à cause de mort : à tel point que l'article 63 de la loi de 1930 a permis d'attribuer par testament le bénéfice de l'assurance sur la vie.

Il ne faut donc pas se dissimuler la particularité de cette situation, mais il faut en rechercher les raisons et en mesurer la véritable portée. En fait, c'est à propos de l'assurance sur la vie que s'est constituée toute la théorie jurisprudentielle de la stipulation pour autrui. Théorie que nos tribunaux ont construite avec une grande liberté et que la loi de 1930 a consacrée, sans trop se soucier des règles habituelles des donations, avec lesquelles il faut, après coup, l'accorder.

Le droit direct a été, dans une très large mesure, un artifice technique pour faire échapper le bénéfice à l'emprise des tiers, et spécialement des créanciers ; il ne faut pas, croyons-nous, lui attacher d'autre valeur que

(1) Cf. PICARD et BESSON, t. IV, n° 201, et *supra*, 2^e partie, titre 2, ch. 2, sect. 1, § 3.

(2) Cf. *supra*, sect. 1^{re}, § 1^{er}, II.

(3) Civ. 8 fév. 1888, analysé par PICARD et BESSON, *loc. cit.*, not. p. 494. La jurisprudence belge paraît être dans le même sens : SERVAIS, *Rev. trim.*, 1907, p. 152, n° 68. De même : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 230, et les références indiquées aux notes de la p. 313. — Comp. : Civ. r. 28 mars 1944, veuve Rottier et autres c. Comp. La Foncière, D. C., 1944, J., 108.

(4) PICARD et BESSON, t. IV, n° 201, p. 495.

(5) Le raisonnement, rappelé plus haut, de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, justifierait aussi bien le caractère d'ordre public de cette irrévocabilité. Elle était consacrée par la jurisprudence dès avant 1930 : cf. *supra*, sect. 1^{re}, § 2, III.

celle d'un moyen technique, que l'on ne doit utiliser que dans le domaine où le législateur ou la jurisprudence en ont reconnu l'utilité. Le seul de ses effets qui soit de nature à contrecarrer l'application de la théorie générale des donations nous paraît être la possibilité d'une acceptation postérieure au décès et jusqu'à laquelle la stipulation est révocable. Mais, en réalité, l'irrévocabilité n'est pas un but en soi : la preuve en est que certaines donations, celles réalisées entre époux par exemple, sont essentiellement révocables. L'irrévocabilité a pour but d'assurer la liberté du consentement : or, nous l'avons dit, dans l'assurance sur la vie, celle-ci est assurée par le dessaisissement matériel et effectif que subit le donateur, par le paiement des primes. Il y a donc moins d'urgence à recourir à ce moyen supplémentaire que constitue l'irrévocabilité, laquelle n'existera que lorsque le consentement du donataire sera venu se surajouter au précédent. On se trouve en présence d'un acte qui, à l'origine, est apte à réaliser au choix des parties soit une donation entre vifs, soit un testament : car, si le donateur tient l'acte secret et met le bénéficiaire dans l'impossibilité de l'accepter, c'est bien au fond une disposition à cause de mort¹ ; si, au contraire, le stipulant révèle l'acte au bénéficiaire qui l'accepte, il y aura donation entre vifs. La situation est un peu analogue à celle rencontrée au cas de reconnaissance de dette ou de promesse de payer entièrement écrites, datées et signées de la main de leur auteur : si elles ne peuvent valoir donation entre vifs parce qu'elles sont restées entre les mains du disposant, on pourra les valider à titre de testaments olographes. Il y a seulement cette particularité que, dans notre cas, la jurisprudence et le législateur ont permis la réalisation de ce testament dans une forme privilégiée, d'abord — et c'est la raison officielle — en s'appuyant sur le caractère autonome et original de la stipulation pour autrui, et aussi — raison moins apparente, mais peut-être plus profonde — parce que les formes de l'assurance sur la vie garantissent aussi bien la liberté d'esprit du disposant que la forme olographe définie par l'article 970 du Code civil. Le droit direct, fiction qui joue même si l'acceptation est postérieure à la mort de l'assuré², n'empêche pas que dans la réalité cette disposition présente bien le caractère testamentaire. Et que l'on n'objecte pas que c'est aller contre la volonté du gratifiant que de faire dépendre la nature de l'acte d'un événement postérieur et totalement indépendant de sa volonté : c'est bien de lui qu'il dépendra de révéler ou non au bénéficiaire l'attribution faite en sa faveur et d'en provoquer l'acceptation : si, malgré cette révélation, le gratifié n'acceptait pas le bénéfice, ce silence, révélant au donateur le peu de cas que l'on fait de son bienfait³, l'amènera sans doute à révoquer sa disposition, à moins qu'il ne se résigne à sa conversion en disposition testamentaire. La transformation de l'acte se fera donc selon la volonté du disposant.

* *

L'acceptation de la libéralité tient sous sa dépendance une autre question, dont l'importance pratique n'a fait que croître sous l'effet de

(1) Comp. : J.-H. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*, *Rev. trim.*, 1941, pp. 219-238 : « il est... dans la ligne de la jurisprudence d'utiliser la stipulation pour autrui afin de créer des vocations successorales spéciales qui peuvent s'exercer en marge de la vocation héréditaire ordinaire » (p. 227).

(2) Art. 67 *in fine*, L. 13 juill. 1930 ; PICARD et BESSON, t. IV, n° 207, p. 508.

(3) Comp. VOIRIN, note précitée au D. P., 1939, 1, 5, § III, *in fine*.

réformes législatives récentes et de circonstances économiques troublées. Il est donc indispensable, avant de clore ce chapitre, d'étudier ces répercussions.

I. — Il a toujours été important de fixer la *date* d'une donation pour déterminer, dans le cas où le défunt a, par plusieurs libéralités, entamé la réserve, l'ordre dans lequel ces différentes libéralités seront réduites : aux termes de l'article 923 du Code civil, la réduction des donations entre vifs se fait après celle des legs, en commençant par la dernière pour remonter ensuite aux plus anciennes ; il faut donc, pour fixer cet ordre de réduction, déterminer préalablement la date de chaque donation.

D'autre part, la loi du 7 février 1938 a modifié l'article 922 du Code civil quant au mode de calcul de la réserve et de la quotité disponible. Désormais, les donations ne sont réunies à la masse successorale en vue de ce calcul que pour la valeur qu'elles avaient à la date où elles ont été réalisées : les crises monétaires périodiques obligent à fixer très exactement cette date pour appliquer correctement la loi.

Peut-être même, si l'on suit les suggestions de M. Desbois¹, cette loi nouvelle s'appliquera-t-elle non seulement aux donations postérieures à sa promulgation, mais même aux donations antérieures consenties par une personne dont la succession ne s'ouvrira que postérieurement, lorsque du moins la règle nouvelle aura pour effet d'augmenter la quotité disponible. De sorte que, même en matière de réduction, la fixation de la date de la donation influencerait sur la solution des conflits de lois dans le temps. Il en sera en tout cas ainsi en matière de rapport : le rapport, institution « d'ordre contractuel », est régi par la loi en vigueur à la date de la donation² : il faut donc connaître cette date pour déterminer la législation applicable.

Enfin, lorsque la donation est réalisée entre personnes qui auront ensuite la qualité d'époux, il est nécessaire de savoir si elle a ou non pris date avant le mariage, afin d'exclure ou d'appliquer l'article 1096 et, éventuellement, l'article 1099.

Or, dans une donation, ce qui est essentiel, c'est la volonté du donateur : celle du donataire n'est qu'une condition d'exécution de l'opération. Et la caractéristique d'une volonté juridiquement efficace, c'est d'être irrévocable et définitive. La donation prendra donc date au jour où le donateur ne possède plus de moyen juridique de revenir sur elle.

Lorsque l'opération dont la donation emprunte la forme suppose pour sa validité le consentement du donataire, lorsque, en d'autres termes, elle est de nature contractuelle, la donation n'existera que du jour de l'accord des volontés.

Il peut se faire que cet accord ne réalise pas dès à présent la donation, mais ouvre seulement au donataire la faculté, en levant une option, de réaliser celle-ci : tel serait le cas de la promesse de vente consentie à un prix volontairement inférieur à la valeur de la chose³ : « dès la promesse de vente à bas prix, écrit M. Savatier⁴, l'avantage concédé à son bénéfi-

(1) *D. P.*, 1938, 4, 353, Commentaire de la loi du 7 février 1938, not. pp. 357, col. 3, et 358, col. 1 et 2.

(2) Req. 5 mai 1943, veuve Moreau et époux Geanty c. époux Brenac et Paul Moreau, *D. C.*, 1944, J., 109 et note critique J. FLOUR ; Montpellier, 28 juill. 1942, époux Deleris-Calvet c. consorts Deleris, *S.*, 1943, 2, 49, et note H. BATIFFOL.

(3) Trib. civ. Seine 22 juin 1929, Girardot c. Lamoureux, *D. H.*, 1929, 439, et les commentaires de MM. SAVATIER (*Rev. trim.*, 1929, pp. 1135-1136) et TRASBOT (*Rev. crit.*, 1930, pp. 268-272).

(4) *Loc. cit.*

ciaire par la donation déguisée¹ existait déjà. Ce bénéficiaire avait dès ce moment, dans son patrimoine, la créance résultant de la promesse de vente, cette créance à laquelle on donne volontiers le nom d'option. A raison du bas prix stipulé, cette option présentait une valeur importante, que le créancier était maître de réaliser soit en usant lui-même de la promesse, soit en cédant sa créance à un tiers. Aussitôt la promesse faite et acceptée comme promesse, la donation était donc réalisée, puisque le donataire se trouvait d'ores et déjà enrichi aux dépens du donateur de la valeur de l'option ». Évidemment le donataire aurait pu ne pas lever l'option, et alors il n'y aurait pas eu de donation ; mais, s'il la lève, celle-ci remontera au jour de la promesse, car dès ce jour le donateur avait émis une volonté dont il ne dépendait plus de lui d'arrêter les effets. Aussi est-ce à bon droit que M. Savatier critique le jugement du Tribunal civil de la Seine², approuvé cependant par M. Trasbot, jugement qui considère comme une donation entre époux la promesse de vente à vil prix consentie avant le mariage, mais réalisée seulement après, et qui, en conséquence, fait jouer la présomption d'interposition de personnes de l'article 1100, et prononce la nullité. Cette décision s'inspire peut-être, en fait, d'une tendance heureuse à vouloir frapper les donations entre concubins au moins aussi sévèrement que les donations entre époux, mais elle nous paraît fondée sur des motifs juridiques des plus contestables.

C'est des mêmes principes que nous nous inspirerons pour fixer la date de la libéralité résultant de l'avantage matrimonial consenti en secondes noces : même si cet avantage résulte d'une clause de partage inégal de la communauté, il est réalisé dès le jour du mariage, qui rend irrévocable la charte pécuniaire du ménage. C'est cette date qui sera prise en considération pour fixer l'ordre de réduction. Toutefois, dans la mesure où la date détermine l'objet et la mesure de la libéralité, cette règle devra être combinée avec d'autres principes qui viendront en tempérer l'application, ainsi que nous nous en rendrons compte au chapitre suivant.

Par conséquent, lorsque la donation pourra être valablement réalisée par un acte unilatéral irrévocable, la date de la donation sera celle de cet acte : l'acceptation du donataire n'interviendra plus tard que comme une sorte d'*exequatur* de l'acte originaire, auquel elle n'ajoutera rien.

Les principes dégagés conduisent à dire que, dans le cas de stipulation pour autrui, l'opération n'est parfaite, la donation ne prend date qu'au jour de l'acceptation qui, seule, met fin à la révocabilité essentielle de la stipulation³. MM. Picard et Besson⁴ appliquent ces principes à la matière des donations entre époux : l'article 1096 est applicable même « au cas d'attribution antérieure au mariage, mais qui n'aurait été acceptée par l'époux bénéficiaire que durant le mariage, car, jusque-là, l'attribution était révocable suivant le droit commun de la stipulation pour autrui (art. 1121 Code civil et art. 64 loi 1930) et, malgré la rétroactivité du droit propre, c'est bien par l'acceptation que le bénéficiaire acquiert un droit définitif au bénéfice, droit qui se trouve exceptionnellement révocable en vertu de l'article 1096 du Code civil comme étant acquis durant le mariage ». Encore cette acquisition n'est-elle définitive que dans la mesure où, dès cette époque, le capital de l'assurance échappait aux prises de l'assuré,

(1) Bien entendu, cette qualification ne nous paraît pas exacte : voir TRASBOT, *loc. cit.*

(2) 22 juin 1929, précité.

(3) *Contra* : BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 184.

(4) T. IV, n° 200, p. 490.

« dans la mesure de la valeur de la libéralité telle qu'elle était acquise au profit de l'époux bénéficiaire au jour du mariage »¹.

Cette thèse, reconnaissons-le, n'est pas celle préconisée par la majorité de la doctrine². Pour les auteurs, « l'assurance sur la vie au profit d'un bénéficiaire à titre gratuit constitue une libéralité unique et ne se décompose pas en autant de donations qu'il y a de primes acquittées : ces primes sont réputées données dès le jour de la conclusion du contrat, car c'est à ce moment que le souscripteur manifeste sa volonté libérale ; dès ce moment il a l'*animus donandi* pour l'ensemble du contrat et pour toutes les primes qu'il s'est engagé à payer »³. Et, pour renforcer cette thèse, on fait valoir que c'est au jour du contrat que l'on se place pour apprécier si les primes présentent ou non un caractère excessif au regard de l'article 68 de la loi de 1930 ; d'ailleurs, ajoute-t-on, le législateur a toujours admis, en matière d'assurance sur la vie, la solution la plus favorable au bénéficiaire ; l'interprète doit s'inspirer du même principe, ce qui le conduira ici à faire remonter la libéralité à la date unique de la conclusion de l'assurance.

Ce raisonnement ne saurait être accepté : notons tout d'abord que le dernier argument, même s'il était exact dans son principe, ne serait pas toujours concluant : il arrivera parfois que le bénéficiaire ait intérêt à donner à la libéralité la date la plus tardive possible, par exemple pour bénéficier d'une loi nouvelle plus favorable. Mais surtout, il est inexact de poser en règle que la loi veut systématiquement favoriser le bénéficiaire et que l'interprète doit l'imiter : l'article 68 est une disposition spéciale et exceptionnelle, que l'on ne peut étendre. Puis, s'il est exact qu'à l'origine du contrat on fasse une appréciation générale des facultés du disposant pour définir le caractère excessif ou normal de l'opération, c'est lors de chaque paiement que l'on apprécie le caractère excessif des primes. Enfin, et c'est là sans doute l'argument essentiel, le paiement des primes a un caractère facultatif⁴ : il « n'est donc pas la simple exécution d'une promesse antérieure et définitive : il suppose, chaque fois, une volonté nouvelle, unilatérale ; l'*animus donandi*, que le souscripteur a eu à l'origine, doit nécessairement se renouveler à chaque versement de prime, puisque rien ne l'oblige à faire ce versement et à continuer, par un acte essentiellement libéral, d'entretenir un contrat dont il peut d'ailleurs révoquer l'attribution même du bénéfice »⁵. Et, à vrai dire, quoi que puisse paraître suggérer cette formule finale, il est nécessaire de distinguer deux périodes : en ce qui concerne les primes payées antérieurement à l'acceptation, la donation ne prendra date qu'au jour de cette dernière, car jusque-là le souscripteur peut révoquer l'attribution ou même demander le rachat de la police, anéantissant ainsi la libéralité ; c'est seulement dans la mesure de l'accroissement de valeur de la donation résultant du paiement des primes postérieures que la libéralité ne prendra date que du jour du paiement de ces primes. Ainsi évitera-t-on, dans l'application de l'article 923 du Code civil, ce paradoxe qui aurait consisté à réduire les libéralités postérieures au contrat avant toutes les primes excessives, même versées postérieurement à ces libéralités.

(1) *Ibid.*

(2) Voir les auteurs cités par PICARD et BESSON, t. IV, p. 546, note 1 ; voir aussi VINCENS, thèse, 1933, pp. 139-144 ; COLIN et CAPITANT, t. III, n° 1559, p. 814.

(3) Doctrine exposée, mais non adoptée, par MM. PICARD et BESSON, t. IV, n° 220, p. 545.

(4) L. 13 juill. 1930, art. 75.

(5) PICARD et BESSON, t. IV, n° 220, pp. 546-547 ; comp. : Trib. civ. Seine, 31 mai 1913, veuve Kegel c. la New-York, D. P., 1913, 2, 361, note DUPUICH.

Telles sont les solutions qui nous paraissent imposées par le principe général que la donation prend date au jour où l'opération est irrévocable. Dans les donations entre époux, révocables par nature, on appliquera par analogie la même règle : malgré leur révocabilité essentielle, de telles donations, de même que les institutions contractuelles, prennent date pour la réduction au jour du contrat, et non au jour du décès : ainsi en décide une jurisprudence qui n'est peut-être pas à l'abri de toute critique, mais que nous devons considérer comme acquise¹. Cela doit conduire à décider que la donation indirecte entre époux, et spécialement l'assurance sur la vie, prend date au jour où elle serait devenue irrévocable si elle avait été consentie entre personnes non unies par les liens du mariage.

II. — Pratiquement d'ailleurs, les principes que nous venons d'énoncer ne suffiront pas à résoudre toutes les difficultés. Il s'y ajoutera souvent une question de preuve : à qui incombera-t-il de prouver l'antériorité ou la postérité de telle donation ? par quels moyens se fera cette preuve ?

La question ne se posait pas pour les donations authentiques : la date était alors l'un des éléments, constatés par le notaire lui-même, et dont l'indication valait jusqu'à inscription de faux.

Le donataire peut être d'abord en conflit avec le réservataire lui-même : ce sera alors au donataire à faire la preuve de la date de la donation ; jusqu'en 1938, l'on pouvait dire que cela importait peu au réservataire qui, de toute manière, devait recevoir sa réserve ; aussi, sur cette question, donnait-on la primauté à la qualité d'héritier sur le droit propre à la réserve : la preuve de la date pouvait être faite par tous moyens, et notamment par les indications portées à l'acte, sans qu'il fût nécessaire que la date ainsi établie répondît aux conditions de date certaine définies par l'article 1328². Depuis la loi du 7 février 1938, au contraire, la date de la libéralité ne déterminera plus seulement les personnes à l'encontre desquelles s'effectuera la réduction, mais aussi le montant de celle-ci : aussi peut-on craindre une collusion entre le donateur et le donataire en vue de faire fraude aux droits des héritiers réservataires en portant dans l'acte la date à laquelle les biens avaient la moindre valeur et en augmentant ainsi la quotité disponible. « En conséquence, écrit M. Jeantet³, la jurisprudence établie jusqu'ici, en vertu de laquelle les réservataires ne sont pas des tiers au sens de l'article 1328 et peuvent se voir opposer la date des libéralités (indirectes ou déguisées) passées par acte sous seings privés, devra être réformée. » C'est peut-être aller un peu loin : il suffirait, nous semble-t-il, de leur permettre de prouver *par tous moyens* la fausseté de la date indiquée dans l'acte⁴, sans pour autant les faire bénéficier de l'article 1328.

Mais le conflit du donataire avec l'héritier réservataire n'est pas le seul élément de la situation ; il en est un autre, qui reste important et qui, avant 1938, l'était beaucoup plus que le premier : c'est le conflit entre les donataires successifs. Ici encore, l'article 1328 doit être écarté du débat. Sans doute, à première vue, cela paraît-il contraire aux règles juridiques : les autres donataires sont des tiers. Mais les inconvénients pratiques que

(1) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VII, par VOIRIN, n° 521, et les références citées en note.

(2) Cf., pour le don manuel : G. PACILLY, thèse citée, titre III, n°s 198-201, pp. 511-516. — Comp. : BENDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 184 ; RIPERT, *Cours de droit*, pp. 384-385. Voir le système particulier exposé par LABBÉ, note au S., 1880, 2, 281.

(3) Thèse citée, n° 311, p. 437.

(4) Art. 1353, *in fine*, C. civ.

présenterait l'application du texte doivent faire réfléchir : s'il s'agit d'un contrat synallagmatique où les prestations réciproques sont inégales, il aura souvent été enregistré ; de même, s'il s'agit d'un acte reçu par un officier public, comme la renonciation à succession faite par déclaration au greffe, il aura date certaine par lui-même. Mais il est d'autres actes, tels ceux qui se rattachent à l'assurance sur la vie, pour lesquels il n'est pas d'usage de recourir à l'enregistrement¹ : prétendre leur appliquer l'article 1328 serait en contradiction avec l'esprit de faveur qui a conduit le législateur à reconnaître au bénéficiaire désigné un droit propre et direct : il serait vraiment paradoxal de réduire le bénéfice de l'assurance sur la vie, dans la mesure où il est soumis à réduction, au marc le franc avec les legs, au jour du décès². Enfin on peut noter que la réduction des libéralités excessives constitue une opération unique, qui doit être réglée vis-à-vis de tous les intéressés : le meilleur moyen d'éviter des conflits quasi insolubles est de donner à un don la même date, quelles que soient les personnes à qui on l'oppose³. Nous croyons par conséquent qu'à l'égard de tous les intéressés, la date de la donation pourra être prouvée par tous moyens : celle portée à l'acte sera présumée exacte jusqu'à preuve du contraire⁴.

C'est ainsi que, à propos des conditions de la donation, nous avons été amené à parler de la réserve et de la réduction : cette question doit faire l'objet d'une étude plus générale, dans un dernier chapitre, consacré aux effets de la donation indirecte.

(1) Voir : P. L.-P., note au D., 1946, J., 33, précitée.

(2) On pourrait ajouter que la donation résulte du versement des primes : or les paiements ont date certaine par eux-mêmes : RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1592 ; *contra* : P. L.-P., note précitée, § I, p. 34, col. 1°.

(3) Cf. PACILLY, thèse citée, n° 200, p. 515.

(4) Comp. les solutions nuancées, mais peut-être trop complexes, préconisées par LABBÉ, note au S. 1880, 2, 281, sous : Caen, 28 mai 1879, Lesueur c. Poitevin-Couvert et Vardon.

CHAPITRE III

EFFETS DES DONATIONS INDIRECTES

Les donations indirectes obéissent, quant à leurs effets également, au même régime que les donations authentiques.

L'application de cette règle aux effets proprement dits de la libéralité ne présente guère de difficulté : la donation, comme toute opération juridique, fait naître des obligations, qui ne présentent pas de caractéristiques notables. Il y aura lieu seulement de combiner les règles propres à la notion de donation avec celles qui dépendent du moule dans lequel la donation a été coulée.

Si paradoxal que cela puisse paraître, l'effet le plus original qui soit attaché par la loi à l'idée de donation est la possibilité de sa propre destruction : particulièrement solide en ce qu'elle échappe nécessairement aux prises de toute volonté ultérieure et discrétionnaire de son auteur, la donation est, par d'autres côtés, un acte fragile, soumis à des causes d'inefficacité qui lui sont propres. Ces deux caractères opposés ne sont au fond que les corollaires d'un même principe : le caractère exceptionnel des actes gratuits et la méfiance que le législateur professe à leur endroit. Cette méfiance le conduit à exiger de leur auteur, dans le but de les raréfier, la manifestation d'une volonté irrévocable ; une fois l'acte passé, elle le conduit à accueillir volontiers les occasions de le priver d'effets dans la mesure où cela ne porte pas atteinte à son irrévocabilité originaire.

Cette privation d'effets ne présente d'ailleurs pas toujours le même caractère ; elle peut être totale ou partielle, plus ou moins conforme à la volonté du donateur. Mais surtout elle frappe de caducité tantôt la donation elle-même, tantôt seulement tout ou partie du transfert de valeurs qu'elle a réalisé. Les cas de révocation s'opposent aux cas de rapport ou de réduction.

La révocation, qui met à néant la libéralité elle-même, n'est possible, sauf en ce qui concerne les donations entre époux, que dans des cas strictement fixés par la loi. Outre la clause de retour conventionnel en cas de prédécès du donataire, permise par les articles 951 et 952 du Code civil, la révocation peut avoir lieu pour inexécution des charges, pour ingratitude du donataire ou pour survenance d'enfant : dans les deux premiers cas¹, elle doit être prononcée en justice ; elle joue de plein droit dans le dernier ; au cas d'inexécution des charges ou de survenance d'enfants, elle est rétroactive même dans les rapports avec les tiers, tandis qu'en cas d'ingratitude, elle ne l'est que dans les rapports des parties entre elles. C'est donc, en principe, sous réserve des perceptions de fruits antérieures, la donation même qui disparaît.

La réduction n'a qu'un effet beaucoup moins radical : la donation

(1) Dans le cas visé à l'article 299 C. civ., qui n'est au fond qu'un cas d'ingratitude, la révocation ou déchéance a lieu de plein droit : il est vrai que c'est un *jugement* qui a prononcé le divorce ou la séparation de corps.

subsiste, mais le transfert de valeurs qu'elle a opéré subira parfois une amputation s'il a dépassé les limites de la quotité disponible.

Le rapport, enfin, aura normalement un effet encore moindre : depuis le décret-loi du 17 juin 1938, qui a fait du rapport en moins prenant le régime normal, sa seule conséquence sera de faire imputer sur la part successorale de l'héritier la donation qu'il a reçue du défunt en avancement d'hoirie.

Révocation, rapport et réduction se feront normalement suivant les mêmes modalités lorsqu'ils porteront sur les donations indirectes que s'ils portaient sur des donations authentiques. Une difficulté toutefois est particulière à notre cas. Lorsque la donation est passée devant notaires, son objet est défini par l'acte : la valeur sortie du patrimoine du donateur est celle-là même qui entre dans le patrimoine du donataire. Pour les donations indirectes, la question est moins simple : l'opération se réalise souvent en plusieurs phases : l'objet reçu par le donataire peut être différent de celui aliéné par le donateur et, même s'il est identique, il sera souvent difficile de l'individualiser à raison de la complexité des rapports juridiques dans lesquels est insérée la donation.

Délicate, cette définition de l'objet n'en est pas moins nécessaire : c'est sur lui que portera la révocation ainsi que la réduction en nature ; si le rapport se fait aujourd'hui en moins prenant, du moins dépend-il de la valeur de l'objet de la donation : il faut donc définir cet objet pour l'évaluer ; et la même nécessité se rencontre encore, préalablement à la réduction, pour dire si la quotité disponible a été ou non dépassée. La définition de l'objet de la donation indirecte fera donc l'objet d'une première section de ce chapitre.

Les autres questions que pose la mise en œuvre de la révocation, du rapport et de la réduction seront étudiées dans une seconde section.

Il sera enfin nécessaire, dans une troisième section, de consacrer des développements particuliers à l'une des formes les plus usuelles de donation indirecte, l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. Si peu logique qu'il puisse paraître de traiter ainsi à part l'un des modes de donation indirecte, cela nous a semblé nécessaire pour la clarté de l'exposé, à raison de l'existence d'une réglementation légale particulière qu'il faudra insérer dans le système général qui aura dû être préalablement dégagé.

SECTION PREMIÈRE

L'OBJET DES DONATIONS INDIRECTES

La révocation, le rapport et la réduction sont des causes de caducité propres aux donations ; ils ne portent que sur ce qui est l'objet d'une donation, sur ce qui est transmis à titre gratuit¹ : c'est dire qu'il est nécessaire de définir, dans un acte qui peut être complexe, quel est l'objet propre de la donation². Dans la stipulation pour autrui, par exemple, la donation

(1) Ils ne peuvent atteindre les opérations onéreuses qui sont plus ou moins liées à la donation (RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 1854) ; si, parfois, un acte qui paraissait conclu à titre onéreux est cependant soumis au rapport ou à la réduction, c'est alors que la loi « présume que le contrat à titre onéreux... a, par lui-même et dans sa cause juridique, l'intention de libéralité » (RIPERT, *Cours de doctorat*, p. 375) : telle est l'explication de l'article 854 ou des articles 1496 et 1527.

(2) Cette définition est moins nécessaire lorsqu'il y a annulation, par exemple, pour cause illicite : celle-ci porte généralement sur l'ensemble de l'acte, et non pas seulement sur la donation qu'il contient.

porte-t-elle sur le capital reçu ou sur les primes payées ? Dans la vente à vil prix, porte-t-elle sur l'insuffisance du prix ou sur une portion correspondante de l'objet vendu ? Dans la renonciation, normalement le droit recueilli par le bénéficiaire est celui-là même qu'a abdiqué le renonçant : et cependant, suivant qu'on l'envisagera isolément ou qu'on le joindra au droit que possédait déjà le bénéficiaire, la valeur qu'on lui donnera sera différente : par exemple, le montant de la libéralité ne sera pas le même suivant qu'on fera porter celle-ci sur la nue propriété de la moitié d'un immeuble et l'usufruit de la totalité, ou bien sur la pleine propriété de la moitié et l'usufruit de l'autre moitié¹. Enfin s'il s'agit d'une libéralité résultant d'un acte à effets successifs, comme le bail à vil prix et peut-être l'assurance sur la vie², le problème est encore plus compliqué.

C'est dans l'hypothèse de révocation que cette question se pose vraiment à l'état pur : la révocation est prononcée par la loi dans certaines circonstances comme conséquence d'un « retrait de l'intention libérale »³ ; elle doit donc aboutir à reprendre au donataire ce qui avait été l'objet même de l'intention libérale, à lui retirer le bénéfice de l'opération. L'intention libérale, qui définit la nature même de l'acte, définit également son objet. Et, par hypothèse, le donateur, au lieu d'envisager, comme le contractant à titre onéreux, quels seraient les effets de l'opération sur son propre patrimoine, a considéré avant tout quels ils seraient dans le patrimoine du donataire. C'est donc dans l'intention du donateur et dans le patrimoine du donataire qu'il faudra définir l'objet de la donation. Le donateur aura donné ce qu'il aura *voulu* voir parvenir au donataire.

Par exemple, en cas de gestion d'affaires menée *animo donandi*, la donation aura pour objet le profit retiré par le maître de l'affaire⁴ : c'est dire que l'action en révocation d'une telle donation se distinguera de l'action *negotiorum gestorum contraria* non seulement par sa cause, mais encore par son objet, puisque la seconde porte sur les dépenses faites par le gérant, quel que soit le montant de l'enrichissement procuré⁵.

Malheureusement, toutes les applications du principe ne sont pas aussi simples que celle qui vient d'être indiquée.

I. — Lorsqu'un avantage indirect est contenu dans un contrat à titre onéreux, seul l'avantage doit être révoqué, réduit ou rapporté, mais non les prestations onéreuses qui se rattachent au même contrat. Formule qu'il est souvent délicat de mettre en œuvre : « La difficulté naît, ici, de ce que, l'acte à titre onéreux créant un flux et un reflux économique par-dessus les frontières du patrimoine, on ne sait pas sur quoi porte la libéralité » : ainsi s'exprime un auteur⁶, adaptant à notre hypothèse la métaphore employée en un autre domaine par le premier président Matter. Une solution apparemment simple consisterait à doser mathématiquement dans l'acte l'élément gratuit et l'élément onéreux : dans la vente à vil prix, si la valeur de l'objet donné dépassait le double du prix, on ferait porter la donation sur une portion de l'objet lui-même ; si, au contraire, elle lui était inférieure, la vente serait prédominante, et l'avantage ne porterait que sur l'insuffisance du prix.

(1) J. HÉMAR, *Rev. trim.*, 1909, pp. 184-185.

(2) Si l'on prend en considération les primes payées plus que le capital reçu.

(3) PICARD et BESSON, t. IV, n° 199, p. 483.

(4) Comp. PÉLISSÉ DU RAUSAS, thèse citée, 2^e partie, ch. 1^{er}, Appendice, qui soutient que l'on doit retenir la moindre des deux sommes, profit retiré par le maître ou dépenses exposées par le gérant.

(5) RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1227.

(6) JEANTET, thèse citée, n° 172, p. 269.

D'autres, qui ne veulent prendre en considération un transfert de valeurs que lorsqu'il est tangible, ne tiennent compte, pour déterminer l'objet de la donation, que de ce qui est sorti du patrimoine du donateur, non de ce qui aurait pu y entrer, de la perte et non du manque à gagner : dans la vente à vil prix, le don porterait nécessairement sur une portion de l'objet vendu. Solution qui, en temps de dévaluation monétaire, est favorable au donateur qui révoque ou à ses héritiers réservataires¹, et qui paraît donc peu conforme à l'esprit dont témoigne la législation récente en matière de réduction. Mais surtout, cette solution repose sur une analyse unilatérale et inexacte de la situation : celle-ci doit se définir bien plus par l'enrichissement du donataire que par l'appauvrissement du donateur. Même la réduction pour atteinte à la réserve, dont le but est de reconstituer le patrimoine du donateur, ne reprend au donataire que ce qu'il a effectivement reçu à titre gratuit.

Aussi une troisième opinion a-t-elle voulu surtout favoriser le donataire : dans la vente à vil prix, la donation porterait sur la somme d'argent qu'il avait évité de décaisser, sur le déficit du prix : système qui présente l'avantage pratique incontestable d'empêcher que l'exercice de la révocation ou de la réduction ait pour effet de créer une indivision entre le donataire demeuré acheteur et les réservataires : c'est vers lui que semble pencher la jurisprudence ; celle-ci parvient ainsi, par une technique différente, à un résultat analogue à celui qui postulerait la réduction en valeur².

Quoique conforme aux tendances récentes, cette solution ne nous paraît pas cependant devoir être douée d'une valeur absolue : il ne faut pas considérer une seule des parties, les intérêts des deux sont également légitimes ; or, il se pourra, suivant les situations de fait, que l'objet de la donation soit une portion de la chose ou le déficit du prix : il ne faudra pas, pour le dire, se référer à un critère purement mathématique : l'importance de la différence ne sera qu'un élément d'appréciation de l'intention des parties, et spécialement du *de cuius*. « La solution la plus juridique » paraît être en effet « de procéder à la recherche de l'intention du *de cuius*, puisque aussi bien, lorsqu'il s'agit d'une donation indirecte ou déguisée, c'est l'intention libérale de l'une des parties qui donne à l'opération un caractère gratuit »³, c'est elle du moins qui constitue l'élément primordial servant à définir la libéralité⁴ ; on relève, en jurisprudence, une tendance de certaines décisions à s'orienter en ce sens⁵.

En ce qui concerne le bail à vil prix, les mêmes principes conduiront en fait à des solutions beaucoup plus unifiées : la donation ne peut avoir pour objet que l'insuffisance du prix : car il n'existe pas de donation de jouissance ; sans doute, pourrait-on concevoir que l'avantage gratuit, sans constituer une donation, ait pour objet une partie de la jouissance, pro-

(1) La question ne se pose pratiquement pas pour le rapport depuis 1938, puisque le rapport a lieu désormais en moins prenant, sur la base de la valeur de la chose lors de la donation : or, à cette date, excédent de valeur du bien et déficit du prix sont par définition équivalents. Il en est de même pour le rapport fictif en vue du calcul de la réserve.

(2) V. JEANTET, thèse citée, n° 333, p. 458. — Comp. : A. SENTOU, thèse, p. 92. Voir aussi : Dijon, 26 avril 1932, Aimé Roux c. Jules Roux, *D. H.*, 1932, 339.

(3) JEANTET, thèse citée, n° 172, p. 269.

(4) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 1^{er}, sect. 4.

(5) Voir à propos de la révocation d'un bail à vil prix : Req. 20 juill. 1893, dame Beaudonet veuve Dhume c. veuve Tailhardat-Busserolles, *D. P.*, 1893, 1, 598, *S.*, 1893, 1, 424.

curée gratuitement¹ ; mais, même s'il était juridiquement possible de diviser ainsi la jouissance², il serait difficile en fait de supposer que telle ait été l'intention des parties. Et c'est normalement dans le déficit du prix du loyer que consistera la donation. Ce déficit s'appréciera sur la base du loyer normal lors de la conclusion du bail, en multipliant ce chiffre par le nombre d'années pendant lequel aura duré le bail ; il n'y a pas lieu de tenir compte des plus ou moins values postérieures, car elles sont indépendantes de la donation et se seraient également produites dans un bail conclu intégralement à titre onéreux³. C'est donc à tort, pensons-nous, que M. Hémar d a soutenu⁴ qu'en pareil cas le montant des bénéfices soumis au rapport était « égal au total de la différence du prix stipulé au bail avec le produit réel de la chose louée du jour où a commencé la location jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession ».

Par son objet apparent, la donation indirecte résultant d'un bail à vil prix se rapproche de celle qui se réalise par la constitution d'un usufruit ou la renonciation à un usufruit. Il y a toutefois cette différence que l'usufruit constitue un droit réel, susceptible en tant que tel d'évaluation⁵, de sorte que la question se pose de savoir si la valeur sujette à révocation, rapport ou réduction est celle qu'avait l'usufruit au jour de la donation ou celle des bénéfices qu'en a retirés le donataire⁶. La première solution revient à faire porter la libéralité sur le capital qu'aurait pu obtenir le *de cujus* s'il avait aliéné l'usufruit au lieu de le donner. Il est singulier, a-t-on dit⁷, de faire ainsi une évaluation hypothétique en présence d'une réalité certaine : cette réalité, c'est que le donateur s'est privé des fruits et que le donataire les a touchés : c'est donc le montant total des fruits, déduction faite des charges correspondantes, qui constitue l'objet de la donation. Mais on peut répondre à cela que, dès le jour de la constitution d'usufruit à son profit, le donataire a un droit parfait, qu'il a pu aliéner, et que c'est à cette époque qu'il faut se placer pour apprécier sa consistance, sans tenir compte des aléas postérieurs qui l'ont augmenté ou diminué en allongeant ou écourtant sa durée probable.

Il faut, croyons-nous, concilier les deux points de vue opposés, en s'inspirant de l'esprit des lois de 1938 : le donataire doit pouvoir être sûr de ne pas avoir à rendre plus qu'il n'aura retiré effectivement de la donation ; mais, d'autre part, il ne doit pas dépendre de lui, en aliénant ou non son droit, de faire varier le montant de celle-ci ; ce montant sera égal à la plus faible des deux valeurs entre lesquelles s'élève le conflit. Au cas, analogue, où une rente viagère est constituée par l'aliénation d'un capital, ce sera la plus faible des deux sommes, capital versé ou arrérages reçus, qui constituera l'objet de la donation. Si la rente a été constituée par la

(1) Comp. : Caen, 26 janv. 1880, précité, *D. P.*, 1882, 2, 49, et, sur pourvoi, Civ. c. 19 déc. 1882, époux Leroy c. époux Hays et autres, *D. P.*, 1883, 1, 343.

(2) Les obligations de faire et de ne pas faire sont normalement indivisibles : RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1899.

(3) Civ. 29 juill. 1863, Haye c. Haye, *S.*, 1864, 1, 79, *D. P.*, 1864, 1, 110. Voir aussi SENTOU, thèse citée, pp. 153-154.

(4) *Rev. trim.*, 1914, p. 149.

(5) L'existence d'une « propriété commerciale » tend d'ailleurs à rendre possible l'évaluation du droit au bail en tant que tel : mais c'est précisément qu'elle rapproche le droit du locataire d'un droit réel.

(6) Il ne saurait être question de rapporter ou réduire l'usufruit lui-même, en nature, puisqu'il a disparu par le fait même qui donne ouverture au rapport et à la réduction, le décès du donateur : Limoges, 19 fév. 1884. Tailhardat c. Lauly, *D. P.*, 1884, 2, 209, note E. DR., *S.*, 1886, 2, 155.

(7) MASSIGLI, *Rev. crit.*, 1887, pp. 356-359.

communauté conjugale et stipulée réversible sur la tête du survivant des époux, la valeur considérée comme capital sera, non pas le prix que supposerait une rente constituée lors du décès sur la tête du survivant, mais seulement le prix de la réversibilité apprécié au moment de la constitution¹.

C'est là encore une application de cette idée que c'est au moment de la donation qu'il faut en apprécier l'objet : peu importe que par la suite le donataire ait aliéné la chose et l'ait remplacée dans son patrimoine par d'autres éléments : de ces derniers, il sera fait abstraction, et c'est sur la chose donnée elle-même, ou exceptionnellement sur sa valeur², que portera la révocation de la donation.

II. — C'est à tort, pensons-nous, que l'on a prétendu appliquer en la matière l'idée de subrogation réelle, et nous avouons ne pas partager l'enthousiasme manifesté par un auteur³ à propos d'une décision récente qui avait cru pouvoir invoquer cette notion, en donnant des motifs très généraux qui dépassaient le cadre de l'action Paulienne soumise à la Cour par les créanciers : un père de famille, déclaré peu de temps après en faillite, achète un immeuble, qu'il paie comptant, au nom de ses deux enfants mineurs ; la Cour estime qu'il y a donation du père à ses enfants, faite en fraude des créanciers, et qui doit être révoquée en vertu de l'article 1167 : « l'immeuble qui en a été l'objet étant subrogé aux deniers et n'étant pas sorti du patrimoine de R... doit retourner à l'actif de la faillite ». Notons d'abord la contradiction latente en cette formule : elle commence par affirmer que l'immeuble est l'objet de la donation, il était dès lors inutile de parler par la suite de subrogation. Mais surtout cela était contraire aux principes généraux que l'on peut dégager en cette matière encore mal éclaircie de la subrogation réelle. Celle-ci, écrit M. André Henry⁴, « intervient chaque fois qu'une valeur indisponible a été aliénée malgré l'indisponibilité qui la frappe et remplacée par une contre-valeur » : il faut évidemment supposer que cette indisponibilité frappe les biens dans leur valeur pécuniaire et non dans leur individualité physique, sans quoi il y aurait inaliénabilité complète. La fonction ainsi donnée à la subrogation réelle implique qu'elle n'a lieu que dans les universalités, et tel est en effet le principe généralement admis. En dehors des universalités, la jurisprudence refuse d'admettre un principe général de subrogation, résultant par exemple de l'affectation spéciale d'un bien⁵. La volonté des parties pourrait, comme la loi, déroger à cette règle et admettre la subrogation réelle même *in judiciis singularibus*⁶.

Ce n'est pas cependant à cette idée de subrogation conventionnelle que peuvent se rattacher les solutions que certains ont expliquées par l'idée de subrogation réelle. Car la subrogation réelle suppose une substitution opérée par le propriétaire actuel des biens, le donataire, et dont le dona-

(1) Cf. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1923, pp. 551-555 ; NAST, *Rev. crit.*, 1915-1924, pp. 545-548.

(2) Si elle a été aliénée, en cas de révocation pour cause d'ingratitude : C. civ., art. 958.

(3) J. CARBONNIER, note au *J. C. P.*, 1943, II, 2112, sous Bordeaux, 9 juill. 1942.

(4) *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913, p. 375. — Comp. : CAPITANT, *Rev. trim.*, 1919, pp. 385-416.

(5) Civ. r. 10 mars 1920, Adm. des domaines c. Soulange-Bodin, S., 1923, I, 305, et note A. MESTRE ; R. SAVATIER, *Rev. trim.*, 1925, pp. 412-413, n° 12 ; RIFERT et BOULANGER, t. 1^{er}, n° 2526, et les références indiquées par ces deux auteurs.

(6) DEMOGUE, note au S., 1924, I, 337, § II, sous Req. 10 janv. 1923, Adm. des domaines c. héritiers du duc de Chartres et autres.

teur accepte d'avance l'effet, pourvu du moins qu'il ne soit pas réalisé en fraude de ses droits ; en tout cas, le transfert qui donnera lieu à subrogation n'est pas individualisé dans ses éléments au jour de l'acte originaire. Au contraire, dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Bordeaux, à supposer même que l'on veuille intellectuellement distinguer deux opérations différentes, don manuel du père aux enfants, achat par les enfants à un tiers, la seconde était déjà prévue lors de la réalisation de la première, et c'est uniquement en vue de la permettre que la première a été passée. A supposer l'acte sincère, le père n'a donné qu'en prévision de l'acquisition de l'immeuble par ses enfants à l'aide des deniers donnés. C'est donc bien réellement sur l'immeuble qu'a porté l'intention libérale, c'est lui que doit atteindre la révocation.

Telle est d'ailleurs la position que, récemment encore, la Cour de cassation a adoptée en prononçant une annulation, fondée il est vrai sur la fausse qualification de donation déguisée¹. Et la juridiction suprême italienne a posé un principe analogue : « si un conjoint donne à l'autre une somme d'argent avec le but précis que celui-ci achète en son nom et pour son propre compte un immeuble, l'objet donné est l'immeuble et non l'argent fourni pour ce besoin »² : quoi qu'en pense M. Bertola, cette solution, qu'il critique, ne constitue pas une application de la subrogation réelle, car ici le don d'argent n'a été fait qu'en vue de l'acquisition qui en constituait, suivant sa propre expression, « le but précis »³. L'intention des parties est la règle suprême pour déterminer l'objet de la donation : dans son arrêt du 10 mars 1920⁴, rendu à propos de l'application des lois cultuelles, après avoir proclamé que « l'affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé ne rentre dans aucun des cas de subrogation réelle établis par la loi, et, dès lors, ne peut entraîner *par elle-même*⁵ substitution de l'objet à la somme d'argent », la Cour de cassation prend soin de réserver la possibilité d'une intention contraire du donateur : « il n'est pas allégué que les parties aient eu l'intention de lui attribuer cet effet ». Dans chaque cas, note M. Savatier⁶, le juge du fait appréciera si le bienfaiteur a entendu transférer la propriété de la somme avant la construction ou au contraire faire élever celle-ci de ses deniers pour la donner ensuite : pour le dire, il s'attachera surtout au fait que c'est tel ou tel qui a dirigé les travaux de construction. Solutions qui ne sont que l'application du droit commun, auquel la loi du 9 décembre 1905 n'a pas dérogré : cette loi « prévoit que [le donateur] reprendra ce qu'il a donné, et non pas ce que le donataire a fait de la chose donnée ».

Il pourra arriver que cette recherche d'intention ait parfois pour effet de substituer comme objet réel de la donation une somme d'argent à un objet en nature : la Cour de cassation l'a admis en matière d'emprunt⁷, et il n'y a pas de raison de décider autrement en matière de donation : un emprunteur a reçu des titres qui valaient au cours du jour 155.000 francs ; s'il résulte des circonstances que l'intention des parties était de faire porter le prêt sur la somme que représentaient ces titres, l'emprunteur ne pourra se libérer qu'en versant cette somme, et non pas en remettant des titres

(1) Civ. 30 avril 1941, époux Thomas c. époux Laurens, précité, S. 1941, 1, 148, D. C., 1942, J., 6, J. C. P., 1941, II, 1727. — *Sic* : CLOS, thèse citée, p. 63.

(2) Arrêt analysé par A. BERTOLA, *Rev. trim.*, 1931, p. 1026.

(3) *Sic* : Trib. Termonde, 24 janv. 1931 ; *contra* : Bruxelles, 29 oct. 1930, analysés tous deux par GRAULICH et LALOIX, *Rev. trim.*, 1932, pp. 864-865, n° 49.

(4) Adm. des domaines c. Soulange-Bodin, précité.

(5) C'est nous qui soulignons.

(6) *Rev. trim.*, 1925, p. 413.

(7) Civ. 19 mars 1928, Bouquet et Chatillon et autres c. Fabre, D. H., 1928, 303.

en quantité équivalente à celle qu'il avait reçue, titres qui n'avaient plus qu'une moindre valeur au jour du remboursement.

Tels sont les principes selon lesquels peut se définir l'objet de la donation indirecte ; ils peuvent se ramener à un seul, que nous indiquions au début de cette section : il faut rechercher ce dont le donateur a voulu gratifier le donataire.

C'est l'objet ainsi défini qui devra être soumis à la révocation, au rapport et à la réduction. S'il est simple d'énoncer ce principe, sa mise en œuvre appelle des précisions qui parfois prennent figure de véritables exceptions : nous allons nous en rendre compte en l'étudiant dans la seconde section de ce chapitre.

SECTION II

L'EXERCICE DE LA RÉVOCATION, DU RAPPORT ET DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS INDIRECTES

C'est surtout quant au rapport et à la réduction que se rencontrent ces exceptions. La révocation, au contraire, est simple dans ses effets, elle anéantit la donation et replace dans le patrimoine du donateur les biens mêmes dont il avait fait don. Elle ne porte que sur ces biens, mais elle porte sur eux en nature.

Elle ne porte que sur ces biens : en cas, par exemple, d'avantage indirect contenu dans un acte à titre onéreux, elle ne doit porter que sur l'avantage conféré gratuitement, et non point sur l'ensemble de l'acte. Dans une espèce, cependant, la jurisprudence a admis que, lorsque, dans l'intention des parties, la donation indirecte avait été liée à un acte onéreux qui n'avait d'autre but que de la réaliser, cet acte pouvait lui-même être annulé en conséquence de la révocation de la donation qu'il contenait. On comprend aisément les préoccupations pratiques qui ont conduit la Cour d'appel de Riom¹ et la Cour de cassation² à consacrer cette solution : une personne avait consenti un bail de vingt-cinq ans moyennant un loyer qui comportait un avantage annuel de quatre à six mille francs pour la « locataire » ; par la suite, celle-ci avait été condamnée à cinq ans de travaux forcés pour avoir fabriqué un faux testament et une fausse procuration au nom de la bailleresse ; cette dernière avait alors demandé la révocation pour ingratitude de la donation contenue dans le bail ; la Cour de Riom motive l'application de cette sanction, mais ne se prononce pas explicitement sur l'objet qu'elle devait frapper ; ce n'est que par induction qu'il résultait de sa décision que le bail tout entier était mis à néant. C'est à cette solution que s'attaquait le pourvoi, soutenant que la révocation devait porter, non pas sur l'ensemble de l'acte, mais seulement sur la libéralité résultant de la vileté du prix. La Chambre des requêtes rejette cette prétention, mais les motifs qu'elle invoque ne semblent guère satisfaisants : il s'agirait d'une donation déguisée, et l'annulation du bail aurait été prononcée à bon droit puisqu'il ne servait qu'à déguiser une donation.

Il est certain, en effet, que l'acte onéreux qui sert à *déguiser* une libéralité doit être annulé pour le tout lorsque la libéralité elle-même est annulée : cet acte n'a pas d'autre raison d'être que de dissimuler la libéralité. Mais, dans l'espèce, le bail pouvait, contrairement aux affirmations

(1) 4 juill. 1892, veuve Tailhardat c. Beaudonet, *D. P.*, 1893, 2, 340.

(2) Req. 20 juill. 1893, dame Beaudonet c. veuve Tailhardat, *D. P.*, 1893, 1, 598, *S.*, 1893, 1, 424.

de la Cour, avoir une autre raison d'être : il contenait une donation indirecte, non une donation déguisée, et cette erreur de qualification est à l'origine de l'erreur de solution. Il est vrai que la Cour de cassation ajoute un autre motif à l'appui de sa décision : on ne peut reprocher à la Cour d'appel de n'avoir pas maintenu le bail en augmentant le loyer, car alors elle « aurait refait la convention et substitué un véritable contrat à titre onéreux à la donation qui avait été dans l'intention des parties » : scrupule très compréhensible et pleinement conforme aux conceptions juridiques classiques : le juge peut annuler le contrat, mais non pas le refaire. Même dans ce cadre, et sans tenir compte des atteintes que le droit contemporain porte à l'autonomie de la volonté, nous ne le croyons pas décisif : s'il y a donation, elle consiste nécessairement dans la renonciation à exiger une partie du loyer, et non pas dans l'octroi de la jouissance d'une portion de l'immeuble¹. En rétablissant le juste prix du bail, on annule les effets de la donation, on ne refait pas véritablement l'opération, ou plutôt on ne la refait que selon les directives découlant de la volonté des parties, en retirant au locataire le bénéfice de la réduction de loyer dont le bailleur l'avait volontairement gratifié.

En modifiant le prix du bail, on n'aurait donc pas porté atteinte à cet autre principe que la révocation doit porter sur cela même qui a été donné, qu'elle doit se faire en nature. Ce principe nous apparaît indiscutable, et les tempéraments qui ont pu être apportés, nous le verrons, au principe de la réduction en nature, ne sauraient s'attaquer au principe de la révocation en nature. La conception d'une révocation en valeur est, du point de vue juridique, plus choquante que celle de la réduction en valeur : la réduction ne s'attaque qu'aux effets de la donation, à l'appauvrissement qu'elle fait subir au disposant : la réduction en nature n'est qu'un moyen de mieux assurer son efficacité, et c'est bien ainsi que l'entend la jurisprudence² ; au contraire, la révocation est une mise à néant de la donation elle-même, elle doit aboutir à une véritable *restitutio in integrum* toutes les fois que c'est possible. Sans doute, des raisons pratiques pourront s'y opposer : soit que le bien donné n'existe plus matériellement, soit qu'il ait été transmis à un tiers de bonne foi entre les mains duquel il soit impossible³ ou ne paraisse pas désirable⁴ de l'atteindre. Mais il ne faut pas multiplier les obstacles.

M. Péliissié du Rausas a cependant cru devoir soutenir⁵ que les donations par renonciation ne pouvaient jamais être révoquées qu'en valeur ; raisonnant sur le cas de donation entre époux ayant consisté à laisser courir contre soi un délai de déchéance, il écrit : le mari « ne pourra pas réclamer le droit lui-même, car ce droit n'est pas passé par voie de transmission directe de son patrimoine dans celui de sa femme ; le mari a, par son inaction, fourni à sa femme le moyen de l'acquérir ; ce moyen a une valeur appréciable en argent, et la donation porte précisément sur cette valeur »⁶. Et le même raisonnement est reproduit pour la renonciation à un usufruit ou à une créance⁷, ou à une succession⁸. Il n'est nullement décisif : soutenir que le donateur a procuré au donataire, par sa renoncia-

(1) Sans quoi il y aurait seulement contrat de bienfaisance.

(2) Voir JÉANTET, thèse citée, Conclusion, n°s 330 sq.

(3) Art. 2279 C. civ.

(4) Par exemple dans le cas de la révocation pour ingratitude.

(5) Thèse citée, 2^e partie, ch. 2, pp. 139-170, *passim*.

(6) *Ibid.*, p. 141.

(7) *Ibid.*, pp. 166-170.

(8) *Ibid.*, pp. 147-158.

tion, non pas le droit qui est entré dans son patrimoine, mais seulement le moyen d'acquérir ce droit, c'est se payer de mots et attacher à la technique de la renonciation une importance qu'elle ne doit point avoir. La renonciation est un procédé technique et abstrait, souvent formaliste, par lequel peuvent se traduire des opérations diverses. Lorsqu'elle est utilisée pour réaliser une donation, — ce que, bien entendu, devra prouver celui qui voudra en provoquer la révocation, — il n'y a pas de raison de ne pas faire porter cette dernière sur l'objet même reçu par le donataire et qu'il a été dans l'intention du donateur de lui transmettre. La question est, à vrai dire, peu pratique, mais c'est en ce sens qu'elle a été résolue par le seul arrêt que nous ayons retrouvé à ce sujet¹.

Telles sont les règles selon lesquelles s'exerce la révocation des libéralités indirectes, à l'exception des stipulations pour autrui, qui doivent faire l'objet de développements particuliers. Ces règles sont simples, et ne soulèvent pas de difficulté sérieuse. Il en est autrement du rapport et de la réduction, auxquels nous devons consacrer des développements plus étendus. Trois questions principales devront être soulevées : le rapport et la réduction ont-ils toujours lieu dans les donations indirectes ? doivent-ils se faire en nature, et, sinon, sur la base de quelle valeur se font-ils ? lorsqu'ils ont lieu en nature, peuvent-ils s'exercer à l'encontre des tiers ? Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces questions.

§ 1^{er}. *L'application des règles du rapport et de la réduction aux donations indirectes.*

Sur le principe même de l'application des règles du rapport et de la réduction aux donations indirectes, il ne saurait guère y avoir de difficulté : ce sont là des règles de fond, que la forme employée ne suffit pas à écarter.

Cela est évident pour la réduction : la réserve est une institution d'ordre public, à laquelle le *de cuius* est impuissant à porter atteinte par les clauses des donations qu'il consent ; la loi aurait parlé pour ne rien dire s'il était permis d'y échapper en consentant des donations indirectes ou déguisées : nous pensons même que si c'est dans le but de faire fraude aux droits des réservataires que ce mode a été employé, il y aurait lieu de prononcer la nullité complète, et non pas seulement la réduction de la donation².

I. — Pour le rapport, son application aux donations indirectes est sans doute *a priori* moins évidente : modalité d'ordre contractuel, ainsi que l'a récemment rappelé la Cour de cassation³, il pourrait sembler lié à la forme même du contrat de donation, et pourrait être exclu non seulement pour les donations réalisées par des modes non contractuels, telles que les renonciations, mais encore pour toutes celles incluses dans un contrat auquel le donataire n'est point partie, par exemple les stipulations pour autrui. Mais cette notion du caractère contractuel du rapport est

(1) Colmar, 7 juillet 1848, *Journal du Palais*, 1850, p. 344, cité par PÉLISSIER DU RAUSAS, thèse citée, pp. 157-158 : cet arrêt prononce la révocation pour survenance d'enfant de la libéralité résultant d'une renonciation à succession et ordonne qu'il soit procédé à un nouveau partage des biens successoraux comme si le donateur n'avait pas renoncé à cette succession.

(2) Cf. *supra*, chap. 1^{er}, sect. 1^{re}.

(3) 5 mai 1943, précité, *D. C.*, 1944, J., 109, et note critique de M. FLOUR.

loin d'être indiscutable. M. Flour¹ a montré qu'en réalité le rapport est lié à la fois au régime de la dévolution successorale (quant à l'obligation au rapport) et à celui du partage (quant à ses modalités) : dès lors, il s'applique tout naturellement à tous les biens du défunt dévolus à titre gratuit à des successibles, quel que soit le procédé technique employé pour cette dévolution. L'article 843 vient confirmer ce point de vue en précisant que le rapport porte sur tout ce que le successible a reçu du défunt, par donation entre vifs, « directement ou indirectement ». Il n'est donc pas contestable, pensons-nous, que les donations indirectes soient soumises au rapport, d'autant que les termes très compréhensifs employés par le législateur manifestent l'intention qu'il a eue d'y soumettre même celles des donations non authentiques qui ne peuvent pas rentrer dans la notion strictement entendue des donations indirectes, et par exemple les donations déguisées.

On en avait pourtant douté autrefois, et Marcadé² soutenait que celles-ci ne rentraient pas dans la dénomination générique de donations indirectes employée par l'article 843. Il est évident que ce raisonnement, à le supposer exact, n'aurait été d'aucun intérêt quant aux donations indirectes proprement dites. Mais d'autres auteurs ont prétendu parvenir au même résultat par une autre méthode qui, elle, est peut-être susceptible d'application en notre matière.

En effet, si le rapport ne peut être rangé parmi les règles d'ordre contractuel, il se rapproche du moins de ces dernières en ce qu'il dépend des parties, et plus spécialement du donateur, d'y déroger³ : l'article 843 prévoit cette dispense possible du rapport tout en indiquant qu'elle doit être expresse. Et l'on avait soutenu que le seul fait de recourir au mode de la donation déguisée impliquait de la part du donateur la volonté de dispenser du rapport : argument qui aurait été valable aussi pour certains au moins des modes de donations indirectes qui, dissimulant aux tiers l'existence de la libéralité, pourraient impliquer au même titre la volonté de la dispenser du rapport.

La base même de ce raisonnement doit être rejetée : c'est une erreur de croire que c'est toujours la volonté de dispenser du rapport qui pousse le disposant à recourir à ces modes clandestins de donner. Ce peut être aussi le désir d'échapper aux frais d'un acte notarié, et surtout aux droits fiscaux de plus en plus élevés auxquels il donne lieu⁴. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais admis cette dispense générale de rapport, même en ce qui concerne les donations déguisées.

En revanche, elle s'est montrée très large quant aux formes dans lesquelles peut intervenir la dispense. L'article 843, dans une proposition qui

(1) Note précitée, § II, b. — Comp. : Ch. BLAEVOET, note au D., 1945, J., 325, sous Paris, 11 juin 1943, Comp. de locations électriques c. Isabelle, dame Luce et Comp. parisienne de distribution d'électricité, not. p. 326.

(2) Tome III, n° 329, p. 237.

(3) C'est la raison pour laquelle la qualification ne nous paraît pas entraîner les conséquences préconisées par M. FLOUR quant à la solution du conflit de lois dans le temps. Comp. les observations de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (note signée P. L.-P., au D., 1945, J., 129, sous Civ. r. 12 fév. 1945, Périer de Féral, not. § B, 3°, p. 131, col. 1) à propos de la succession *ab intestat* : quoiqu'elle ne soit pas fondée sur la volonté du défunt et que l'on ne puisse attribuer à la loi successorale un caractère supplétif, « il est bon que le défunt conçoive exactement la part à laquelle chacun de ses héritiers peut prétendre en vertu de la loi, qu'il puisse en conséquence prendre les dispositions qu'il jugera convenables dans la mesure où il a le pouvoir de modifier par son testament le statut légal ».

(4) RIPERT et BOULANGER, t. III, n°s 2882 sq.

fait suite à celle qui soumet au rapport les donations indirectes, exige que cette dispense soit expresse.

Appliquer cette exigence même en notre domaine eût été rendre pratiquement impossible, ou du moins extrêmement difficile, la dispense de rapport dans les donations indirectes : celles-ci en effet sont réalisées en une forme abstraite, et l'introduction d'un élément concret dans l'acte qui leur sert de moule risque d'en compromettre la validité. Aussi la jurisprudence a-t-elle ici encore manifesté ses tendances libérales : le caractère exprès de la dispense de rapport n'est qu'une règle de forme, à laquelle les donations indirectes ne seront pas astreintes. Du moins pour que s'applique cette dispense sera-t-il nécessaire qu'elle résulte d'une intention nettement caractérisée du donateur. Cette intention, qui ne pourra, nous l'avons dit, se traduire dans l'acte même par lequel se réalise la donation, pourra résulter d'une déclaration séparée la manifestant nettement¹. Mais celle-ci n'est pas nécessaire : le juge du fait appréciera souverainement, d'après l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été réalisée la donation, si la volonté du disposant a été ou non de la dispenser du rapport². Cette volonté doit être nettement établie³, mais elle peut être implicite⁴ : c'est ainsi que toute libéralité qui tournerait au détriment du donataire si on l'obligeait à rapport doit être facilement présumée dispensée de rapport⁵. Ce libéralisme de la jurisprudence quant aux formes de la dispense de rapport est d'ailleurs passé, du domaine des donations manuelles, indirectes ou déguisées, jusque dans celui des donations authentiques : la jurisprudence a, même ici, déformé le sens du mot « expressément » contenu à l'article 843 : il suffit que la volonté du défunt soit certaine et manifeste, elle peut « résulter des circonstances particulières dans lesquelles la disposition a été faite »⁶.

Telles sont les règles très libérales appliquées à la dispense de rapport lorsqu'elle est contemporaine de la donation à laquelle elle s'applique.

II. — Retrouve-t-on un libéralisme analogue lorsque la dispense n'est accordée que postérieurement à la donation ? En pareil cas, il est impossible d'admettre une dispense résultant des seules circonstances : si celles-ci, lorsqu'elles sont contemporaines de l'acte, peuvent servir à l'interpréter, elles ne peuvent, en revanche, suffire à modifier un acte déjà parfait et excluant toute dispense de rapport. Cette dernière ne pourra donc résulter que d'un nouvel acte, d'où se dégage une volonté certaine et manifeste en ce sens, sans d'ailleurs qu'elle soit nécessairement expresse⁷. Lorsque cet acte séparé était contemporain de la donation indirecte, il pouvait être réalisé en une forme quelconque, car il n'était pris en considération que comme servant à interpréter une volonté contemporaine. Lorsque, au contraire, il est postérieur à la donation, que celle-ci soit ou non authentique, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît exiger qu'il revête la

(1) Req. 23 juin 1919, Drieux-Chas c. Chas, S., 1921, 1, 21, et la note 1-2 de la p. 21.

(2) RAGEYS, thèse, pp. 104-112 ; S. DALLIGNY, thèse, pp. 93-103 ; HÉMARD, *Rev. trim.*, 1914, p. 149. Les trois passages cités concernent les donations déguisées, mais les principes sont les mêmes à ce point de vue pour toutes les donations non authentiques : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2884.

(3) PILON, *Rev. trim.*, 1904, p. 206, n° 8, à propos d'un don manuel.

(4) Voir par ex. : Req. 16 juill. 1855, Dornier c. Dornier, D. P., 1855, 1, 419, S., 1856, 1, 246 ; Req. 31 déc. 1855, Couder c. Vattepain et autres, S., 1857, 1, 200.

(5) SAVATIER, *Rev. trim.*, 1925, pp. 913-915.

(6) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2879.

(7) Voir les motifs dubitatifs de : Civ. c. 10 mars 1941, Aufaivre c. époux Gannat, D. A., 1941, J., 145, J. C. P., 1941, II, 1700, 2^e esp., et note P. VOIRIN.

forme authentique : pour la Cour suprême¹, la dispense de rapport *a posteriori* doit s'analyser comme un pacte sur succession future, et, comme tout pacte de ce genre, ne peut être réalisée « autrement que par les modes et dans les formes autorisés par la loi », c'est-à-dire, aux termes de l'article 919, alinéa 2, « dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires » : la Cour de cassation traduit : « dans la forme *solennelle* des donations entre vifs ou des testaments ».

Même si les prémisses du raisonnement sont admissibles dans leur principe, la conclusion qui en est tirée est à la fois trop limitée par certains côtés et trop catégorique par d'autres. D'une part, en dépit des termes de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 5 mai 1943², l'obligation au rapport constitue *de manière générale* une modalité d'ordre successoral ; dès lors, la dispense de rapport constitue un pacte sur succession future non seulement lorsqu'elle est consentie *a posteriori*, mais même lorsqu'elle l'est au moment de la donation à laquelle elle s'applique : en ce cas pourtant, la jurisprudence n'a pas craint de prendre quelque liberté avec le texte de l'article 843. D'autre part, l'article 919 doit être interprété en fonction non seulement du Code civil, mais aussi de toutes les règles qui sont venues s'y joindre : la « forme des dispositions entre vifs » dont il parle peut être aussi bien la forme jurisprudentielle des donations indirectes ou déguisées que la forme légale des donations authentiques.

Et ceci nous amène à penser que l'arrêt du 10 mars 1941 peut être justifié par un tout autre raisonnement que celui qui a trouvé place dans ses motifs. Si la dispense de rapport *a posteriori* n'est valable que réalisée dans certaines formes, ce n'est pas en vertu de l'idée, fort discutable³, qu'elle constitue un pacte sur succession future, c'est parce qu'« elle participe elle-même à la nature des donations »⁴, s'analysant en « une libéralité supplémentaire »⁵. « De sorte que, si la règle de la concordance n'impose pas l'authenticité, du moins la nature propre de la dispense exige que celle-ci soit coulée dans l'un des modes non formalistes autorisés par la loi ou par la coutume⁶. » Cette dispense pourra donc être réalisée par l'un des modes de donation indirecte : il n'y a à cela aucune impossibilité juridique, mais il pourra souvent y avoir un obstacle d'ordre pratique. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, les juges du fond avaient fait résulter celle-ci de la dispense de réduction en nature contenue dans un acte notarié de quittance : la Cour suprême aurait pu décider, s'inspirant de ses arrêts *Crémieux* des 11 janvier 1933 et 20 juillet 1936⁷, que, la dispense de réduction en nature étant nulle en tant que telle, il ne pouvait en être fait état à quelque titre que ce soit et notamment pour en induire une dispense de rapport. Elle annule celle-ci pour un autre motif : solution d'espèce, qui doit nous faire pressentir une solution plus générale : normalement, la donation suppose un transfert actuel de valeurs entre les deux patrimoines du donateur et du donataire : aussi pourra-t-elle se réaliser par tout acte impliquant la réalisation abstraite d'un tel transfert ; on ne voit pas bien au contraire comment une dispense de rapport réalisée isolément pourra pratiquement résulter d'un acte abstrait : elle suppose l'existence d'une

(1) Arrêt cité à la note précédente.

(2) Précité, *D. C.*, 1944, J., 109 et note FLOUR.

(3) Voir sur ce point les variations de la Cour de cassation analysées par M. VOIRIN, note préc., § III, *in limine*.

(4) VOIRIN, note préc., § II, *in limine*.

(5) JOSSELAND, *Cours*, t. III, n° 1121, cité par VOIRIN, *ibid*.

(6) VOIRIN, *ibid*.

(7) *D. P.*, 1933, 1, 10, S., 1933, 1, 161 ; *D. H.*, 1936, 555. Cf. *supra*, 2^e partie, ch. 2, sect. 2, II.

donation antérieure et elle se rattache trop intimement aux règles propres des donations pour pouvoir résulter d'un acte abstrait : le plus souvent elle constituera une donation directe et ostensible, nulle faute d'authenticité. De sorte que, tout en reconnaissant la possibilité théorique d'une dispense de rapport *a posteriori* résultant d'un acte indirect, nous sommes obligé d'en constater la quasi-impossibilité pratique. C'est seulement lorsque la dispense est contemporaine de la donation qu'elle peut être implicite, car elle n'est alors qu'une modalité d'une donation indirecte valable dans son ensemble. Parfois même, la dispense sera présumée à raison de l'objet de la libéralité : c'est le cas, selon une certaine jurisprudence, des donations de fruits et revenus : mais à raison du lien qui unit cette question au régime particulier de l'assurance sur la vie, nous en reportons l'étude au début de la troisième section de ce chapitre.

§ 2. Rapport et réduction en nature ou en valeur.

I. — Sous l'empire des textes originaires du Code civil, le principe était que le rapport et la réduction se faisaient tous deux en nature : le donataire devait rapporter à la succession l'objet même qu'il avait reçu à titre gratuit, de sorte qu'il suffisait de transposer ici les principes que nous avons essayé de dégager en ce qui concerne la révocation. Dès cette époque pourtant, il était important de déterminer la valeur de la libéralité, soit en vue du rapport, soit en vue de la réduction.

Par exception à la règle générale, le rapport avait lieu en valeur dans deux séries de cas : soit lorsque la donation portait sur des meubles (article 868), soit lorsque, portant sur des immeubles, elles avait été dispensée par le donateur du rapport en nature, et cette clause, reconnue valable par la jurisprudence, était devenue très générale¹. Cette double règle, sans supprimer le principe de la soumission des donations indirectes au rapport en nature, l'avait dépouillé de presque tout contenu utile. D'une part, les donations indirectes ont presque toujours pour objet des biens mobiliers. D'autre part, en dehors même de ce cas et en vertu d'une jurisprudence bienveillante sur la forme des dispenses de rapport, elles se trouvaient souvent en fait dispensées, sinon de tout rapport, du moins du rapport en nature. La loi du 7 février 1938, et surtout le décret du 17 juin de la même année, ont généralisé la règle du rapport en moins prenant, sur la base de la valeur de l'objet donné à l'époque de la donation². Cela réduit et parfois supprime l'intérêt qu'il pouvait y avoir à définir exactement l'objet de la donation : dans la vente à vil prix par exemple, l'excédent de valeur de la chose et le déficit du prix sont forcément égaux au jour de la donation.

En matière de réduction, le principe subsiste, au contraire, que le légitimaire a droit à sa réserve en nature : ce principe n'a reçu du décret du 17 juin 1938 qu'une seule atteinte directe, inscrite dans l'article 866 nouveau du Code civil : lorsque la donation adressée à un successible a pour objet un immeuble ou une exploitation agricole et a été faite sans obligation au rapport en nature, elle ne pourra faire l'objet que d'une réduction en valeur. Seulement, dès avant 1938, ce principe souffrait des exceptions ou limitations, dont l'une a même reçu de la loi du 7 février une vigueur nouvelle.

(1) RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 2913.

(2) Comp. pour le rapport des dettes : Civ. c. 5 déc. 1933, Gerson c. consorts Gerson, D. P., 1934, 1, 25, et note H. CAPITANT.

La première exception vise l'hypothèse où l'immeuble donné a été aliéné : en pareil cas, si le donataire est solvable, la réduction ne se fera qu'en valeur (article 930) ; c'est subsidiairement seulement qu'elle pourra s'exercer en nature contre le tiers acquéreur¹.

La seconde exception, consacrée par certains arrêts récents de cours d'appel², procède de l'article 918 du Code civil. Ce texte dispense de rapport, mais soumet à réduction « la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe ». Nous avons dit précédemment³ que certains auteurs contemporains tendent à interpréter ce texte comme édictant une présomption de donation indirecte plutôt que de donation déguisée, mais cela laisse entière la question du mode de réduction : les donations indirectes sont, elles aussi, en principe, sujettes à la réduction en nature⁴. Aussi est-ce sur des arguments propres au texte que l'on a fondé ce cas prétendu de réduction en valeur. D'une part, en ses termes mêmes, le texte déclare réductible « la valeur » des biens aliénés ; d'autre part, cela correspondrait à la volonté des auteurs du Code⁵ : se rendant compte que le texte risquait d'être injuste dans le cas où l'héritier donataire aurait effectivement payé son prix d'acquisition, ils en auraient tempéré la rigueur en permettant de l'écarter par l'intervention à l'acte des autres réservataires, et la jurisprudence, en ne prononçant qu'une réduction en valeur, ne ferait qu'accentuer cette tendance.

Cette jurisprudence, sur laquelle la Cour de cassation ne s'est pas prononcée récemment et que ses anciens arrêts condamnaient⁶, n'a pas reçu de manière générale un accueil favorable dans la doctrine. Et il semble bien que ce soit à juste titre. D'une part, on sait avec quelle circonspection on doit utiliser les travaux préparatoires pour l'interprétation d'un texte : il suffit, pour le comprendre, de se souvenir que l'hypothèse régie par l'article 918 était considérée par Cambacérès comme un cas de donation déguisée, tandis que Portalis y voyait une donation indirecte. D'ailleurs, si l'on jugeait arbitraire la disposition de l'article 918, le plus sage eût été, sinon de la supprimer, du moins d'en restreindre le domaine et de permettre la preuve contraire, mais non pas d'en mitiger les effets. Enfin l'argument tiré des premiers mots du texte est d'une remarquable faiblesse : le mot « valeur » est sujet du verbe « sera imputée », et par conséquent, ce qui se fait en valeur, ce n'est pas la réduction, c'est le rapport fictif préalable au calcul de la quotité disponible. Il n'y a là qu'une application du droit commun.

En effet, la réduction doit être précédée d'un calcul du montant de la réserve et de la quotité disponible, calcul qui, par définition même, se fait en valeur : il se faisait autrefois sur la base de la valeur de l'objet donné fixée au jour du décès ; depuis la loi du 7 février 1938, il se fait sur la base de cette valeur fixée à l'époque de la donation⁷ : la conciliation entre le principe de la réduction en nature et celui du rapport fictif sur la base de la valeur au jour de la donation pourra d'ailleurs donner lieu à de

(1) Sur ce recours en cas de donation indirecte, cf. *infra*, § 3.

(2) Riom, 5 juin 1929, consorts Aucouturier c. Aucouturier, S., 1931, 2, 105, et note de M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE, et les arrêts cités par JEANTET, thèse, n° 173.

(3) *Supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 1^{re}, § 3.

(4) Voir toutefois, en un sens différent : M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE, note précitée, p. 105, col. 2.

(5) Voir les déclarations de Jaubert (FENET, t. XII, p. 594), citées par JEANTET, thèse, p. 271, note 1.

(6) Voir les arrêts cités par M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE, note précitée, p. 105, col. 1.

(7) Art. 922 nouveau C. civ.

sérieuses difficultés¹. De manière générale, ces difficultés sont communes à toutes les donations, quelle que soit la forme qu'elles revêtent. L'une d'elles, toutefois, est propre aux donations indirectes, et même à l'une des formes de donation indirecte : elle appelle à ce titre quelques développements particuliers.

II. — Il s'agit des avantages matrimoniaux ; s'il existe des enfants d'un précédent lit, ils sont de véritables libéralités, et l'action en retranchement à laquelle les soumettent les articles 1496 et 1527 du Code civil n'est au fond qu'une action en réduction pour atteinte à la réserve².

Il semble dès lors que, pour dire s'il y a lieu à cette action, il faille se placer à la date du mariage puisque c'est à cette date que la donation se réalise : la Cour de Rouen l'affirme³, et la Cour de cassation a saisi l'occasion que lui offrait le pourvoi formé contre l'arrêt ainsi rendu pour poser des principes généraux dont les récentes réformes législatives n'auraient pu que renforcer la rigueur : « l'importance de l'avantage doit être calculée, conformément à l'article 922, suivant l'état des biens à l'époque de la donation et leur valeur au temps du décès de l'époux donateur ; si, pour apprécier cette valeur, on doit prendre en considération l'augmentation ou la dépréciation que les biens peuvent avoir reçue ou subie au cours du mariage, par des circonstances fortuites, on doit faire abstraction de la plus ou moins-value provenant du fait du donataire, et, par conséquent, lorsque le mari a été bénéficiaire de l'avantage, des résultats de son administration comme chef de la communauté »⁴. Depuis la modification de l'article 922 par la loi du 7 février 1938, il faudrait logiquement dire que la valeur aussi bien que la consistance des biens donnés s'apprécient au jour du mariage. On conçoit quels inconvénients pratiques présenterait cette solution : un conjoint pourrait être considéré comme avantagé parce que, lors du mariage, il avait mis en communauté une fortune bien inférieure à celle de son conjoint, alors que par la suite la communauté a pu disparaître presque complètement sous l'effet des conjonctures économiques.

Le compromis proposé par M. Savatier⁵ ne serait pas de nature à satisfaire ces intérêts : l'éminent civiliste distingue deux catégories d'avantages matrimoniaux, ceux qui résultent d'une stipulation de partage inégal de la communauté et ceux qui procèdent d'une inégale composition de la communauté lorsque les apports respectifs sont de valeur différente : ceux-ci prennent date au jour du mariage, car c'est à ce jour que se produit la mise en communauté d'où résulte l'avantage, tandis que les premiers ne peuvent se définir que lors de la dissolution : « la nature même des choses s'oppose à ce que l'avantage puisse être évalué au moment du contrat de mariage »⁶. Même dans ce système, on pourrait être conduit à frapper de retranchement un avantage supérieur à celui qui est effectivement reçu⁷.

(1) RIPERT et BOULANGER, t. III, n°s 2734 sq.

(2) Cf. *supra*, 1^{re} partie, ch. 2, sect. 2.

(3) Rouen, 29 déc. 1911, Hauchecorne c. veuve Prévost, S., 1915, 2, 25, et note J. LE COURTOIS ; D. P., 1919, 1, 85, sous Civ. r. 12 janv. 1915.

(4) Civ. r. 12 janv. 1915, Hauchecorne c. veuve Prévost, S. 1917, 1, 134, D. P., 1919, 1, 85.

(5) *Rev. trim.*, 1945, pp. 286-287, n° 3, à propos de Trib. Libourne, 20 mars 1945, précité ; *Cours*, t. III, n° 641.

(6) *Rev. trim.*, p. 287.

(7) Lorsque l'avantage résulte d'une inégalité des apports en communauté, si par la suite les biens communs déperissent.

Aussi nous semble-t-il que la solution proposée par le savant professeur pour le cas de partage inégal doit être étendue à tous les avantages matrimoniaux : dans un cas comme dans l'autre, elle nous paraît conforme aussi bien à la nature des choses qu'à la théorie légale des avantages matrimoniaux.

Du point de vue technique, tout d'abord, il convient d'observer que la loi édicte une présomption de droit : comme le remarquait le professeur Eugène Gaudemet¹, l'article 1527, qui fait application à la communauté conventionnelle du principe de l'action en retranchement, vise « toute convention qui tendrait *dans ses effets* à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098 » : l'intention des époux à la date du mariage est donc présumée légalement avoir eu pour objet tout ce qui, par la suite, constitue un avantage net. Autrement dit, si c'est au jour de la dissolution de la communauté que l'on définit et mesure l'avantage matrimonial, ce n'est ni parce que cette date serait celle de la donation, ni par une dérogation à la règle de l'article 922, c'est parce que l'on présume que le résultat acquis à cette date est conforme à l'intention des époux telle qu'elle existait au jour du mariage².

Et cette présomption est conforme à la nature des choses : étant donnés la longue durée souhaitable de l'union et les redoutables aléas pécuniaires auxquels elle est exposée, il est impossible, au lendemain du mariage, de prévoir quelle sera la valeur des avantages recueillis par chacun ; les époux n'ont alors qu'un droit imprécis, qui ne sera défini que plus tard ; on pourrait presque dire de chacun d'eux ce que Pothier disait de la femme, qu'il n'a sur la communauté qu'un droit informe, qui ne sera précisé qu'à la dissolution. « La confusion des biens n'est, pour [le second conjoint], qu'une espérance ou un rêve et *non une réalité* »³ ; « il ne se produit un transfert de valeur dans le patrimoine du second conjoint que le jour de la dissolution de la communauté ; c'est cet événement seul qui constitue l'acte générateur de la libéralité assimilable à une donation »⁴ : jusque-là le conjoint avantage n'est qu'un bénéficiaire éventuel : c'est donc seulement lors de la dissolution que l'on pourra définir et évaluer les avantages matrimoniaux. Peu de temps avant l'arrêt *Hauchecorne* de 1915 de la Chambre civile, que nous avons analysé, la Chambre des requêtes s'était prononcée en ce sens dans un arrêt du 25 juin 1912⁵ ; et plus récemment, en 1938, la Société d'études législatives fut unanime en faveur de cette solution à laquelle M. Rouast, d'abord hostile, finit par se rallier⁶.

Reste alors à définir de manière précise la mesure dans laquelle il y a avantage. La difficulté provient ici encore de ce que cet avantage porte sur une masse qui a varié, et qui ne s'est cristallisée qu'au jour de la dissolution. On n'est pas absolument d'accord sur le mode de calcul⁷ : la solution la plus usitée dans le notariat prend pour point de comparaison la

(1) *Rev. trim.*, 1912, pp. 490-492, n° 14.

(2) À tous autres points de vue, la date de la libéralité indirecte sera celle du mariage : ainsi pour fixer l'ordre de réduction ou résoudre les conflits de lois dans le temps : c'est d'ailleurs ce qu'admet M. SAVATIER pour les avantages résultant d'une clause de partage inégal, les seuls qui, d'après lui, doivent être évalués au jour de la dissolution : *Cours*, t. III, n° 644, *in fine*, p. 341.

(3) MAGUET, Rapport à la Société d'études législatives, *Bull.*, 1938, p. 111.

(4) MAGUET, *op. cit.*, p. 107.

(5) Lévy c. Primat, *D. P.*, 1913, 1, 173, S., 1914, 1, 465.

(6) Voir le compte rendu de la discussion, *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1938, pp. 117-121.

(7) Voir MAGUET, *op. cit.*, pp. 111-112 ; *Action en retranchement*, *Rev. crit.*, 1926, pp. 162-171.

communauté réduite aux acquêts, et considère le second conjoint comme avantageé toutes les fois que ses droits sont supérieurs à ce qu'ils seraient sous un tel régime ; la solution qui paraît la plus juridique, et que préconise d'ailleurs la Société d'études législatives, reconnaît au contraire la donation toute les fois que la part du second conjoint dans le partage de la communauté est plus que proportionnelle à ses apports. Encore faut-il déterminer ceux-ci : leur existence sera établie selon les règles habituelles, et leur évaluation se fera uniformément au jour de la liquidation : cette date unique d'évaluation aura le double avantage de permettre, en période de variations monétaires chroniques, d'apprécier selon une commune mesure les droits respectifs des parties, et de simplifier le travail liquidatif puisque chaque bien ne sera ainsi évalué qu'une fois¹. C'est d'après les apports ainsi établis et évalués que sera établie la proportion « idéale » de partage de la communauté : si le second conjoint reçoit plus que cette proportion, ce qui la dépassera constituera une libéralité.

Ce n'est pas là, malgré l'apparence première, une dérogation à la règle de la réduction en nature : le retranchement s'opère sur la communauté, et c'est une portion indivise de la communauté qui a constitué l'objet de la libéralité : le retranchement porte donc sur l'objet même de la libéralité. La règle du droit à la réserve en nature est sauve, aussi bien que la règle de l'article 922.

Mais ce principe du droit à la réserve en nature, règle de droit commun applicable aux donations indirectes comme aux autres formes de donations, revêt-il une force telle qu'il puisse être opposé même aux tiers de bonne foi ? Tel est le problème que nous allons maintenant nous efforcer de résoudre.

§ 3. La réduction et les droits des tiers.

Il faut supposer qu'une donation portant sur une chose non fongible se trouve entamer la réserve ; l'objet a été aliéné par le donataire ; en pareil cas, les héritiers réservataires doivent en principe se contenter d'une réduction en valeur, en discutant les biens du donataire. Si cette discussion est infructueuse, l'article 930 leur permet de revendiquer l'immeuble en nature, dans le patrimoine du sous-acquéreur, même s'il est de bonne foi. Cette règle continue-t-elle à jouer lorsque la donation a revêtu la forme indirecte ou déguisée ? « Le problème agité offre cette difficulté particulière que le juge est placé dans la nécessité d'opter entre deux principes de droit également certains et de sacrifier l'un au respect de l'autre². » D'une part, pourrait-on dire, le sous-acquéreur peut d'autant moins invoquer un droit plus étendu que celui de son auteur que la réserve présente un caractère intangible et que le législateur a voulu en assurer le respect par tous moyens : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. D'autre part, et par contre, tandis que celui qui tient ses droits d'une personne gratifiée par acte notarié peut se voir reprocher, même

(1) En matière successorale, la Cour de cassation, et surtout son conseiller rapporteur, paraissent n'attacher que peu d'importance à cet avantage de simplification : Civ. 23 avril 1945, époux Vinet c. consorts Vinet, *D.*, 1945, J., 158, et note P. L.-P. Au contraire, M. le doyen Roubier et la Cour de Dijon pensent qu'un même bien ne doit, autant que possible, être évalué qu'une seule fois dans une même liquidation : Dijon, 29 janv. 1946, Fouillant c. Boffet, encore inédit, et consultation de M. Roubier sur cette affaire ; voir aussi ROUBIER, note *J. C. P.*, 1945, II, 2791, § II, sous Civ. r. 12 fév. 1945, Périé c. Féral.

(2) LABBÉ, note au *S.*, 1891, 1, 97, § I, p. 97, col. 1.

s'il est de bonne foi, une négligence coupable, la même raison ne vaut pas en cas de donation indirecte ou déguisée : dans le premier cas, celui de donation indirecte, le tiers n'a pas connu la qualité que possédait son auteur ; et, dans le second, il a cru traiter avec un acheteur, et semble donc bien fondé à s'abriter derrière la règle de l'article 1321 : « les contre-lettres... n'ont point d'effet contre les tiers ».

Ces considérations avaient d'abord paru décisives à la jurisprudence : statuant sur des cas de donation déguisée, la Chambre des requêtes décidait, le 14 décembre 1826¹, que les tiers de bonne foi ne pouvaient être privés par l'action en réduction des hypothèques acquises par eux sur les biens donnés antérieurement à la décision judiciaire qui avait reconnu le déguisement. Cependant, par une remarquable exception au principe de l'article 2268, on tendait à exiger du tiers, pour bénéficiaire de cette jurisprudence favorable, qu'il justifiait d'une bonne foi parfaite, de l'absence de tout soupçon sur la réalité du caractère onéreux². Cette solution conciliait fort heureusement, nous semble-t-il, la sauvegarde des droits des réservataires et la sécurité des relations juridiques : la règle morale de la protection de la bonne foi et les intérêts primordiaux du commerce juridique nous semblent devoir l'emporter sur le désir d'assurer à tout prix le respect de la règle, moins fondamentale et plus artificielle, de la réserve héréditaire.

La solution ainsi donnée pour le cas de donation déguisée peut être facilement transposée dans l'hypothèse d'une donation indirecte. Mais la bonne foi sera ici moins fréquente, car il n'y a pas d'apparence trompeuse et, suivant la nature de l'acte employé, il y aura plus ou moins de chances pour qu'il renferme une donation ou un acte véritablement onéreux : c'est ainsi que l'assurance sur la vie au profit d'un époux ou d'un proche parent sera presque apparemment gratuite, tandis que la vente à vil prix pourra, dans certains cas, ne pas laisser soupçonner son caractère libéral.

Mais ce n'est pas cette tendance qui a finalement prévalu, et la jurisprudence sur les donations déguisées est aujourd'hui nettement fixée en sens contraire³ : d'une part, dit-elle, les réservataires tiennent leur droit de la loi, et non de la volonté du défunt, et son exercice ne peut donc être paralysé ni par l'exception de garantie ni par l'option de l'article 1321 ; d'autre part, la créance résultant du dommage causé au tiers ne peut même pas être portée au passif de la succession pour diminuer d'autant la masse de calcul de la réserve.

La première partie de cette affirmation, si critiquable qu'elle nous paraisse, ne suscite plus guère de controverses. Il en est autrement de la seconde, sur laquelle les opinions les plus diverses ont été soutenues⁴. Elle a été critiquée récemment par M. Jeantet⁵ comme elle l'avait été précédemment par Aubry et Rau : si le réservataire a, en tant que tel, un droit propre, qui empêche de lui opposer l'exception de garantie, du moins est-il tenu en tant qu'héritier des dettes à titre onéreux de son auteur : or tel est le caractère de la dette délictuelle l'obligeant envers le tiers à la

(1) De Lafaucherie c. de Vassy et autres, S., 1827, 1, 60.

(2) Voir BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 188, p. 255, note 1.

(3) Civ. r. 29 oct. 1890, Paillet c. Clavier et Bruneau, S., 1891, 1, 97 et note LABBÉ, D. P., 1891, 1, 76, sur pourvoi contre : Bordeaux, 29 déc. 1887, S., 1888, 2, 41, D. P., 1889, 2, 225 et note T. PONCET ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VI, par VOIRIN, n° 188 ; JEANTET, thèse, n° 217.

(4) Voir leur exposé dans les notes qui accompagnent les arrêts cités à notre note précédente, et spécialement dans celle de LABBÉ (§ II).

(5) Loc. cit.

réparation du préjudice subi. Cette critique ne nous paraît pas décisive : si le sous-acquéreur lésé est fondé à exercer contre son auteur immédiat, le donataire, un recours dont, par hypothèse, l'efficacité sera nulle¹, nous ne voyons pas en vertu de quel principe il pourrait agir contre le donateur ou ses ayants cause : contractuellement, ce dernier ne pourrait être atteint, même par la voie oblique de l'article 1166, car le donateur n'est pas tenu à garantie ; délictuellement, il n'existe pas un lien de causalité suffisant entre la donation par lui faite et l'éviction de l'acquéreur pour qu'on puisse lui imposer la responsabilité de cette dernière : il est normalement étranger soit à la sous-aliénation consentie, soit à l'état d'insolvabilité du donataire, soit même à chacun de ces faits, qui sont les causes prochaines de l'éviction.

Si ces solutions sont admises en jurisprudence pour la donation déguisée, à plus forte raison le seraient-elles également en ce qui concerne la donation indirecte : il est sans doute inexact, pour le soutenir, d'affirmer que « la libéralité indirecte est une libéralité apparente »² : le tiers doit faire un effort personnel d'investigation pour découvrir la nature, gratuite ou onéreuse, d'un acte qui se présente comme abstrait : du moins nulle apparence trompeuse intrinsèque ne vient-elle l'égarer.

Ainsi, quelle que soit la solution admise sur ce point en matière de donations déguisées, elle doit également régir les donations indirectes.

SECTION III

LE RÉGIME PARTICULIER DE L'ASSURANCE SUR LA VIE

Les donations indirectes sont soumises aux mêmes causes de caducité que les donations notariées : tel est donc le principe auquel conduit leur analyse et qui, dans l'ensemble, est confirmé par la jurisprudence.

Il est toutefois l'une des formes de donations indirectes qui a fait l'objet d'une réglementation spéciale : la loi du 13 juillet 1930 n'a fait, dans une large mesure, que consacrer les solutions précédemment dégagées par la Cour de cassation en faveur de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. Il est donc indispensable, pour conclure, de définir la portée précise de cette législation.

I. — Il n'est peut-être pas impossible d'en rattacher les solutions à des principes dont le champ d'application est plus général, quoiqu'ils soient limités à la question du rapport : l'article 852 dispensé de rapport « les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage », et l'article 856 pose la même dispense pour les « fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ». De ces deux textes, on a prétendu tirer le principe général d'une dispense de rapport pour les donations de fruits et revenus : ainsi les libéralités indirectes résultant d'un bail à vil prix, et peut-être aussi d'une renonciation à usufruit et d'une constitution d'usufruit ou de rente viagère, seraient-elles dispensées de rapport. C'est précisément par cet argument qu'avait été attaqué l'arrêt précité de la Cour de Limoges³, qui avait

(1) Puisque les réservataires ont dû, préalablement à leur recours contre le tiers, discuter les biens du donataire, du moins s'il s'agit d'une aliénation (art. 930), non d'une constitution de droits réels.

(2) JEANTET, thèse citée, n° 175, p. 274.

(3) Limoges, 19 fév. 1884, *D. P.*, 1884, 2, 209, *S.*, 1886, 2, 155, cité *supra*, sect. 1.

ordonné le rapport de tous les fruits et revenus des biens soumis à usufruit ; mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi¹ : l'article 856, dit-elle, est un texte exceptionnel, qui ne peut être étendu en dehors des cas qu'il vise formellement : « il ne s'applique qu'aux fruits et intérêts des choses rapportables et réellement rapportées, dont l'un des héritiers a pu profiter, année par année, du vivant et avec la volonté de l'auteur commun, mais il ne saurait s'appliquer à l'avantage immédiat et indirect résultant de l'extinction prématurée de l'usufruit produite par la renonciation faite à cet usufruit au profit du fils ». Cette jurisprudence, en contradiction avec des arrêts antérieurs, paraît avoir été renversée, en 1913, par une décision où la Cour suprême a dispensé de rapport les profits résultant pour un héritier d'un bail à vil prix à lui consenti par le *de cujus*², et en 1917, la haute juridiction posait un principe très général valable pour toutes les donations de fruits, qui, dit-elle, n'augmentent pas le patrimoine du donataire et ne diminuent pas celui du donateur³ : mais, comme on l'a fait remarquer⁴, c'est là considérer l'épargne comme chose exceptionnelle ; il serait plus juste, si l'on admet le point de départ, de faire porter la donation sur les économies réalisées par le donataire à l'aide des revenus donnés ou sur celles qu'il aurait pu normalement réaliser⁵. Peut-être la solution des arrêts de 1913 et 1917 se justifierait-elle surtout, comme le suggérait Wahl⁶, par une interprétation de la volonté probable du défunt, presque nécessairement implicite puisque nous sommes en matière de donations indirectes. En tout cas, les termes extrêmement prudents d'un arrêt récent de la Cour de cassation⁷ ne permettent pas de dire avec certitude quelle est la jurisprudence actuelle en la matière.

On peut donc se demander si c'est bien de cette théorie, très confuse en droit positif, des donations de fruits et revenus que s'inspirent les règles particulières à l'assurance sur la vie. On en peut d'autant plus douter que ces règles de faveur ne se limitent pas au rapport, mais intéressent aussi bien la réduction, la théorie des récompenses entre époux et le régime de l'action Paulienne. Il y a là une réglementation autonome, qui a été admise par des raisons de fait beaucoup plus que de droit, en vue d'encourager le développement de l'assurance sur la vie. Les arguments de droit n'ont été imaginés qu'après coup, pour justifier la solution donnée.

II. — Pour déterminer l'objet de la libéralité, on avait invoqué la théorie du droit direct : le stipulant, a-t-on dit, n'a jamais eu dans son patrimoine le capital assuré, qui est censé passer directement de l'assureur au bénéficiaire ; seules les primes sont sorties du patrimoine du souscripteur, c'est donc d'elles seulement que le rapport peut être exigé : telle

(1) Civ. r. 27 oct. 1887, Lauly c. époux Tailhardat, *D. P.*, 1887, 1, 129, et note FLURER. — Voir aussi : Req. 13 avril 1899, Castelnau c. époux Colomb, *D. P.*, 1901, 1, 233, et note BOISTEL : « Aucun texte ne dispense du rapport les libéralités faites sur les revenus lorsqu'elles ne peuvent se rattacher à aucun des cas prévus par l'art. 852 C. civ. ; c'est la cause et la nature de la dépense et non l'origine des fonds qui y ont été employés qu'il faut considérer pour savoir si elle est rapportable. » — *Sic* : Cass. Belgique 27 fév. 1902, Bertrand c. Degive, *D. P.*, 1904, 2, 445.

(2) Civ. c. 28 juill. 1913, Roy père c. Roy fils, *D. P.*, 1917, 1, 58, S., 1914, 1, 197, et le commentaire de A. WAHL, *Rev. trim.*, 1917, pp. 446-450.

(3) Civ. 27 nov. 1917, S., 1917, 1, 105, *D. P.*, 1921, 1, 21.

(4) FLOUR, note au *D. C.*, 1943, J., 104, § II, A.

(5) MASSIGLI, *Rev. crit.*, 1887, pp. 356-359.

(6) *Rev. trim.*, 1917, pp. 446-450.

(7) Civ. c. 16 déc. 1940, demoiselle Tignon c. consorts Tignon, *D. C.*, 1943, J., 104, et note FLOUR, *J. C. P.*, 1941, II, 1655, et note P. VOIRIN.

était, avant 1930, la solution qu'avait donnée la jurisprudence depuis que, abandonnant la vieille théorie de l'offre, elle reconnaissait un droit direct au bénéficiaire¹.

A ceux qui objectaient que le souscripteur aurait pu attribuer à sa propre hérédité, soit dès l'origine, soit par révocation d'un bénéficiaire déjà désigné, le bénéfice de l'assurance, et que c'était donc bien de ce dernier que le donateur s'appauvrissait, M. Dupuich répondait qu'ils avaient tort de « quitter le domaine des faits pour celui des hypothèses et même des hypothèses peu vraisemblables, car tel qui serait volontiers disposé à payer des primes au profit d'une personne déterminée, n'aura peut-être nulle envie de le faire au profit de sa propre hérédité »². Réponse qui n'est nullement péremptoire : peut-être le souscripteur n'aurait-il pas contracté au profit de sa propre hérédité, mais il n'en est pas moins vrai que, s'il avait voulu le faire, son patrimoine aurait recueilli le capital même qui échoit au bénéficiaire³. La théorie du droit direct n'a été qu'un artifice technique pour justifier une solution qui, à tort ou à raison, paraissait désirable.

Elle avait été utilisée primitivement à l'encontre des créanciers du stipulant : on aurait pu, comme la Cour de cassation avait d'abord semblé vouloir le faire⁴, la limiter à ce domaine : l'action des créanciers contre le bénéficiaire est une application plus ou moins simplifiée de l'action Paulienne : celle-ci ne joue que contre les actes qui diminuent le patrimoine du débiteur, non contre ceux par lesquels il néglige de s'enrichir : l'excédent du capital sur les primes ne représente qu'un gain manqué pour l'assuré. Il n'existait pas de raisons analogues en matière successorale : les donations indirectes, soumises à rapport et à réduction, peuvent consister aussi bien en un gain manqué qu'en une perte réalisée, et l'on ne soutient guère, par exemple, que les renonciations rétroactives devraient échapper aux règles des libéralités⁵. Il n'est même pas juste de dire, avec M. Ripert⁶, que « par l'idée de droit direct du tiers, la jurisprudence en est arrivée à analyser la stipulation comme un appauvrissement du donateur sans tenir compte de l'enrichissement du donataire ». La formule ne serait exacte que si l'on donnait au terme « appauvrissement » un sens restrictif et matérialiste.

Aussi bien la jurisprudence n'a-t-elle pas tiré toutes les conséquences de cette idée du droit direct ; et lorsque la notion paraissait conduire à des solutions peu désirables, elle l'a écartée sans scrupule. Lorsque, par exception, les primes se sont trouvées supérieures au capital assuré, elle a cessé de négliger celui-ci, et c'est au contraire sur son montant qu'elle a

(1) Voir les arrêts cités par PICARD et BESSON, t. IV, n°s 213-214 ; voir aussi : HÉMARD, *Rev. trim.*, 1911, p. 837 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1912, pp. 180-181.

(2) *D. P.*, 1897, 2, 426, col. 2, sous Douai, 16 janv. 1897, Delahaye c. Masquelié.

(3) Cf. VIGIÉ, *Rev. crit.*, 1901, pp. 193-226, § III.

(4) Cf. BESSON, note au *D.*, 1946, J., 60, § II, b ; Civ. 8 fév. 1888, Tourbez c. Tourbez, *D. P.*, 1888, 1, 193, 4^e espèce, et rapport du conseiller Dareste, *S.*, 1888, 1, 121, 3^e espèce, qui déclare applicables les règles sur le rapport et la réserve : « A quelque époque qu'ils aient été saisis du bénéfice de l'assurance, [les enfants] ne l'ont recueilli que par l'effet de l'attribution que l'assuré leur a consentie à titre purement gratuit ; la stipulation ainsi faite à leur profit, dans les termes de l'art. 1121 C. civ., constitue une véritable libéralité, à laquelle sont applicables les règles générales concernant les rapports, soit qu'il s'agisse d'assurer l'égalité des partages entre cohéritiers, ou de déterminer à l'égard des réservataires, légataires et donataires le montant de la réserve et de la portion disponible. »

(5) Voir CHARMONT, *Rev. crit.*, 1897, pp. 337 sq., § I.

(6) *Cours de doctorat précité*, p. 286.

fait porter le rapport ou la réduction¹. Ce faisant, la Cour de cassation a montré qu'elle attachait beaucoup plus d'importance au bon sens qu'à la technique juridique. Elle fonde sa solution sur la finalité du rapport et de la réduction, lesquels frappent ce qui est entré dans le patrimoine du donataire, mais seulement dans la mesure où il y a eu appauvrissement matériel correspondant du donateur.

La loi de 1930 a consacré les solutions de la jurisprudence : l'article 68, alinéa 1^{er}, dispense du rapport et de la réduction « les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ». Il est certain cependant que, si ce capital était inférieur aux primes rapportables et réductibles, c'est seulement sur lui que porteraient le rapport et la réduction. Mais ce sera là, à vrai dire, aujourd'hui, une hypothèse très rare : la loi de 1930, consacrant une autre solution de la jurisprudence, a prévu que les primes elles-mêmes ne seraient rapportables et réductibles que dans une mesure limitée, de sorte qu'il y a très peu de chance que cette mesure dépasse le capital.

III. — Dès 1897, au lendemain de l'arrêt qui avait limité aux primes payées le rapport et la réduction de la stipulation pour autrui, Charmont² prévoyait que bientôt la Cour de cassation pousserait plus loin le libéralisme et ferait bénéficier les primes de la même immunité que le capital lui-même. Ce pronostic ne devait pas tarder à se vérifier. La tendance libérale, marquée d'abord en matière de faillite³ et de récompenses⁴, allait bientôt s'étendre au rapport et à la réduction. « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers, disait-on⁵, est une institution qui répond, au point de vue économique, à un but nettement déterminé et qui dispose, au point de vue juridique, d'une physionomie qui lui est propre. Elle n'est pas à proprement parler une libéralité : elle est avant tout une *mesure de prévoyance*. Celui qui fait une assurance sur la vie au profit d'un tiers veut procurer à cette personne des ressources qui lui permettront de subvenir à ses besoins et de parer à des revers possibles de fortune. C'est pour assurer la réalisation de cette fin que la jurisprudence a imaginé la théorie du droit direct. » Pour atteindre pleinement ce but, il faut pouvoir dispenser le bénéficiaire du rapport, même tacitement, et le seul fait d'avoir payé les primes avec les revenus doit valoir dispense tacite. De fait, les cours d'appel et tribunaux dispensent du rapport les primes toutes les fois qu'elles sont prises sur les revenus⁶, et la Cour de cassation, en proclamant que les primes « peuvent ou non, *suivant les circonstances*, constituer en faveur du bénéficiaire des libéralités sujettes à rapport »⁷, laisse libre jeu à leur pouvoir souverain.

(1) Civ. c. 4 août 1908, veuve Berthault et dame Boullay c. Berthault et Comment, S., 1909, 1, 5 et note LYON-CAEN, D. P., 1909, 1, 185 et note DUPUICH ; arrêt analysé par HÉMAR, *Rev. trim.*, 1908, p. 724, n° 1. — *Contra* : AMIOT, *Rev. trim.*, 1902, p. 422, n° 43.

(2) *Rev. crit.*, 1897, pp. 337 sq.

(3) CHARMONT, *loc. cit.*

(4) CRÉMIEU, *Rev. trim.*, 1913, pp. 322-331, 14°.

(5) CRÉMIEU, *op. cit.*, pp. 329-330.

(6) Rennes, 6 avril 1910, S., 1911, 2, 321, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1912, pp. 180-181 ; Rennes, 1^{er} fév. 1912, S., 1913, 2, 225 et note LEFORT, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1913, p. 810, n° 19 ; Trib. Le Mans, 13 avril 1920, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1921, pp. 235-285, n° 23 ; Douai, 4 mai 1931, Simoëns c. Simoëns, D. H., 1932, Somm., p. 12.

(7) Civ. c. 2 nov. 1937, veuve Hartmann c. consorts Hartmann, D. P., 1938, 1, 57 et note M. NAST, arrêt statuant sur une espèce antérieure à 1930. — Dans le même sens :

La jurisprudence affirme par là une solution beaucoup plus qu'elle ne la justifie. Quant au motif donné par M. Crémieu, il n'est point décisif : de ce que l'assurance sur la vie est une mesure de prévoyance, il ne faut pas déduire qu'elle n'a pas en même temps le caractère de libéralité. Cette jurisprudence prétorienne traduit en réalité l'évolution des idées et des mœurs, et le législateur devait consacrer cette faveur faite à l'assurance sur la vie. Les primes ne sont rapportables et réductibles que si elles ont été exagérées eu égard aux facultés du disposant, et dans la mesure seulement de cette exagération¹. Cela est particulièrement symptomatique en ce qui concerne la réduction : la réserve héréditaire n'apparaît plus aujourd'hui, comme en 1804, avec ce caractère absolu et intangible né du croisement des traditions coutumières avec les idées politiques de la Révolution. Dans son désir d'encourager l'institution nouvelle et l'esprit qu'elle dénotait, la jurisprudence et la loi ont, avec la pleine approbation de l'École de Le Play², étendu la liberté du chef de famille.

IV. — Tout cela réduit considérablement l'intérêt qui s'attache à définir le mode selon lequel s'opéreront le rapport, et surtout la réduction, des donations indirectes contenues dans une assurance sur la vie. Ces donations ont pour objet des sommes d'argent, il n'y a donc pas à se préoccuper de la réduction en nature, qui aboutit ici au même résultat qu'une réduction en valeur.

Un auteur³, toutefois, a cru pouvoir tirer une conséquence de cette notion de réduction en nature : c'est sur l'objet de la donation que doit porter la réduction, or l'objet de la donation, ce sont les primes : « La réduction ne porte que sur les primes parce que seules celles-ci sont sorties du patrimoine du défunt. Elle doit porter sur les biens livrés par le stipulant au promettant, parce que ce sont ces biens mêmes qui sont sortis du patrimoine du défunt »⁴ : c'est dire qu'elle doit être exercée contre le promettant, contre la compagnie d'assurances entre les mains de laquelle se trouvent les primes : et l'auteur fait valoir qu'il n'est pas plus choquant de s'en prendre à l'assureur que, dans le cas de sous-alienation, à un tiers acquéreur de bonne foi.

Du point de vue pratique, cela répond au désir heureux de faire participer les tiers à l'application des règles d'ordre public de la réserve : la compagnie d'assurances qui sait, ou qui a de fortes raisons de soupçonner que la réserve a été entamée et que le bénéfice de l'assurance doit être réduit, ne doit pas pouvoir effectuer un paiement valable entre les mains du bénéficiaire dans de pareilles conditions. Mais il nous semble que les principes généraux suffisent à sanctionner ses obligations : le paiement fait au possesseur de la créance n'est libératoire que s'il est effectué de bonne foi⁵. Nous ne croyons pas désirable d'aller plus loin et d'obliger l'assureur, qui a fait un paiement de bonne foi entre les mains du bénéficiaire, à rembourser de plus aux héritiers réservataires les primes excessives payées par leur auteur : si les tiers sont tenus d'agir selon les règles de la bonne foi, on ne peut les obliger à prêter un concours positif à l'exé-

Civ. 4 août 1908, S., 1909, 1, 5 et note LYON-CAEN, analysé par E. -H. PERREAU, *Rev. crit.*, 1910, pp. 526-529 ; 2 août 1909, S., 1910, 1, 540 ; Req. 30 mai 1911, S., 1911, 1, 560, analysé par DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1912, pp. 180-181. — Voir aussi : DEMOGUE, *Obligations*, t. VII, n° 858.

(1) L. 13 juill. 1930, art. 68, al. 2.

(2) Voir les indications de CHARMONT, *Rev. crit.*, 1897, pp. 337-338.

(3) JEANTET, thèse citée, n° 176.

(4) JEANTET, *loc. cit.*, in fine, p. 277.

(5) Art. 1240 C. civ.

cution d'obligations auxquelles ils sont étrangers : M. Jeantet lui-même reconnaît que la solution qu'il propose ne se recommande pas par ses avantages pratiques.

Serait-elle du moins imposée par les principes juridiques ? De ce que la réduction porte sur les primes, il ne résulte pas que ce soit dans le patrimoine du promettant qu'elle doit être exercée : car le promettant fait fructifier les primes et les transmet ensuite avec leurs augmentations au bénéficiaire : ce que ce dernier reçoit, ce sont pour partie des primes ; et, en exerçant l'action en réduction contre lui, on ne viole pas la règle du droit à la réserve en nature. C'est au contraire en exerçant la réduction contre le promettant que l'on violerait une autre règle fondamentale, celle qui veut que la réduction ne s'applique qu'aux actes à titre gratuit et n'atteigne que les donataires : or, vis-à-vis du promettant, l'assurance sur la vie est une opération à titre onéreux, sa qualification gratuite ne peut lui venir, et pas nécessairement, que des rapports qui unissent le stipulant et le bénéficiaire : ces rapports, nous l'avons vu, ne figurent dans l'acte qu'avec le caractère abstrait ; ils sont, vis-à-vis du promettant, *res inter alios acta*. Il est donc faux de dire que, en écartant l'action contre le promettant, on admettrait que « les règles de la stipulation pour autrui feraient échec au principe d'où résulte le droit à la réserve en nature, principe en vertu duquel les réservataires reprennent les biens du défunt comme si aucune libéralité excessive ne les avait fait sortir du patrimoine de leur auteur¹ ». La réduction ne peut jouer que contre un donataire² ou son ayant cause.

V. — Des hypothèses particulières prévues par la loi de 1930, rapport, réduction, récompenses entre époux. action des créanciers, est-il possible d'induire cette règle générale que, à tous égards, la libéralité résultant de l'attribution du bénéfice de l'assurance sur la vie n'a pour objet que les primes versées ?

Le problème n'est à vrai dire pas nouveau, et dès avant 1930, il avait été posé en dehors de tout argument de texte. On se fondait sur des motifs qui rappellent quelque peu ceux que faisait valoir M. Péliissié du Rausas à propos de renonciations : « L'assuré, écrivait Demogue³, n'a donné que les primes, le droit au surplus de capital n'a été procuré que par une sorte de service rendu, comme quand on procure à un tiers un marché avantageux. » C'est seulement lorsqu'il s'agissait d'annulation pour cause illicite, et non plus de révocation, que le savant professeur consentait à faire produire un effet plus étendu à l'anéantissement de l'acte, mais sans renoncer pour autant à sa thèse sur l'objet de la donation : la cause illicite, dit-il⁴, fait tomber l'acte tout entier, « non seulement la donation, laquelle n'existe qu'à concurrence des déboursés faits, mais même la disposition elle-même en tant que simple bénéfice procuré au tiers ».

En 1942 encore, la Cour de Bordeaux⁵ prétend exclure les règles des libéralités, et notamment la révocabilité de l'article 1096, pour une assurance sur la vie entre époux communs en biens, sous prétexte que les

(1) JEANTET, thèse citée, n° 176, pp. 275-276.

(2) Même le conjoint qui exerce une faculté de prélèvement que lui ouvre le contrat de mariage sur un bien commun échappe à la réduction : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 1855 ; JEANTET, thèse citée, n° 323 ; *contra* : CAPITANT, note au D. P., 1923, 2, 3.

(3) *Rev. trim.*, 1919, pp. 510-511, n° 17. Voir dans le même sens : LOUIS HUGUENEY, *Rev. trim.*, 1920, p. 390, n° 7, *in fine*.

(4) *Rev. trim.*, 1919, p. 509, n° 14.

(5) 12 nov. 1942, veuve Brousse c. Asselineau, S., 1945, 2, 24 et note C. B.-L., D., 1946, J., 60 et note A. BÉSSON.

primes ont été prélevées sur les revenus de la communauté : il y aurait « un simple acte d'épargne... n'ayant pas un caractère gratuit ».

Mais l'argument essentiel invoqué en faveur de la thèse est tiré de la loi du 13 juillet 1930. Des règles particulières qu'elle pose, on a prétendu déduire de manière générale que l'attribution du bénéfice de l'assurance sur la vie ne constituait une libéralité que dans la mesure des primes exagérées ; cette interprétation, qui semble pouvoir s'appuyer sur les travaux préparatoires de la loi¹, a reçu l'approbation d'auteurs aussi considérables que MM. Capitant, Trasbot et Nast². Elle nous paraît cependant inexacte.

D'une part, elle est contraire à la fois au fondement et à l'esprit des textes, et à la volonté du donateur. Comme l'écrivent MM. Picard et Besson³, « si le Code civil édicte ou prévoit... des cas de révocation ou de déchéance des libéralités, c'est parce qu'il présume que le donateur, s'il avait pu connaître, lors de la donation, les circonstances survenues postérieurement, n'aurait pas gratifié le donataire : ces circonstances entraînent chez lui retrait de l'intention libérale et c'est la raison pour laquelle, à titre exceptionnel, la libéralité est rétroactivement mise à néant » : ce résultat voulu par la loi ne serait pas atteint si on limitait la révocation et surtout la déchéance à la partie excessive des primes : quand les textes du Code trouvent à jouer, il faut supprimer entièrement la libéralité.

D'autre part, l'interprétation que nous critiquons n'est nullement imposée par les textes de la loi de 1930 concernant le rapport, la réduction et les récompenses : ce sont là des textes exceptionnels, qui doivent être limités à leur objet propre. « Si le législateur avait entendu écarter toute idée de libéralité, écrit M. Besson⁴, il aurait, dans un article unique, posé un principe général, et non pas édicté, de façon d'ailleurs diverse, des solutions propres à telle ou telle question ; l'existence de ces règles propres est la preuve que, en dehors de leur domaine strict d'application, l'assurance à titre gratuit reste une libéralité. En somme, la loi doit s'interpréter de la façon suivante : bien que l'assurance sur la vie à titre gratuit au profit d'un tiers s'analyse en une libéralité, cette libéralité n'obéit pas aux règles des donations indiquées expressément par la loi ; elle doit, en revanche, obéir aux règles dont la loi ne l'a pas affranchie. »

Cette différence de régime n'a rien d'irrational : comme nous l'avons déjà rappelé, rapport et réduction n'atteignent que les effets de la donation en tant qu'ils portent atteinte à certains intérêts, tandis que la révocation atteint la donation elle-même : il n'y a donc pas lieu d'appliquer à cette dernière des règles qui se justifient par la nature propre d'autres institutions⁵. C'est là un aspect de la relativité non seulement de la notion même de donation, mais encore de l'objet de la donation⁶. Pour la révocation, en tout cas, « ce qui constitue le montant d'une donation, c'est, non pas le prix plus ou moins juste, décaissé par le donateur pour acquérir l'objet donné, mais bien la valeur exacte de cet objet⁷. »

(1) Voir la citation rapportée par PICARD et BESSON, t. IV, p. 412, note 1.

(2) Voir les références de leurs ouvrages indiquées par PICARD et BESSON, *loc. cit.*, note 2 ; voir aussi p. 483, note 1 ; BESSON, note au D., 1946, J., 60, § II, b, p. 62, col. 1.

(3) *Op. cit.*, n° 199, p. 483.

(4) Note précitée au D., 1946, § II, b, p. 62, col. 2.

(5) SAVATIER, *Rev. trim.*, 1930, pp. 826-828, n° 4. — Dès avant 1930, la Cour de cassation avait posé le principe que l'assurance sur la vie, lorsqu'elle constitue une libéralité, est révoquée de plein droit par la survenance d'enfant : Req. 7 mai 1919, veuve Hennion c. Bousrez, D. P., 1921, 1, 131, sur pourvoi contre Paris, 3 janv. 1918, D. P., 1918, 2, 33, et note DUPUICH.

(6) Cf. : FLOUR, note au D. C., 1943, J., 104, § III, p. 106, col. 1.

(7) PICARD et BESSON, t. IV, n° 174, p. 413.

VI. — Toutefois MM. Picard et Besson ont soutenu que la théorie du droit direct du tiers bénéficiaire, consacrée par l'article 67 de la loi de 1930, rendait nécessaires certaines distinctions dans l'application de ces principes.

Si la cause de révocation survient avant l'échéance du contrat, on reconnaît que la vocation du bénéficiaire est anéantie, il perd le droit au capital assuré, même s'il a déjà accepté, de la même manière qu'il pourrait le perdre par une révocation avant acceptation, alors que pourtant le droit propre existe déjà.

Si cette cause ne survient qu'après l'échéance du contrat, « on devrait logiquement appliquer les mêmes solutions, reconnaissent les savants auteurs¹, car, non seulement il y a suppression, chez le stipulant, de l'intention libérale, mais encore le bénéficiaire n'a plus, en présence de ces faits, de raison de conserver le capital assuré qu'il a encaissé ; il devrait le restituer intégralement ». Mais cette solution logique est tempérée par le mécanisme déjà étudié de la stipulation pour autrui, consacré par l'article 67 : le capital est reçu directement, par le bénéficiaire, de l'assureur et non du stipulant ; dans les rapports entre ce dernier et le bénéficiaire, il y a libéralité, « mais le montant en est constitué par la somme la plus faible représentant l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre »². Pratiquement, c'est ce dernier facteur qui est déterminant, de sorte que l'on peut poser le principe suivant : « Au cas de révocation ou déchéance commandée par le droit commun, le bénéficiaire doit donc, après échéance du contrat, restituer au stipulant ou à ses ayants cause le montant intégral des primes versées par ce dernier³. »

Nous avouons comprendre assez mal la manière dont les éminents auteurs entendent concilier cette affirmation avec la démonstration, que nous leur avons empruntée, et d'où il résulte que c'est le capital assuré, et non le total des primes, qui forme l'objet de la donation. Si le droit direct du tiers bénéficiaire mettait obstacle à la mise en œuvre pratique de ce point de vue, ce serait aussi bien avant qu'après l'échéance du contrat, car le droit direct existe dès le jour de la stipulation, et même dès la conclusion du contrat originaire auquel celle-ci se rattache. Le droit direct porte à l'échéance sur le capital assuré, mais dès avant l'échéance il porte sur le droit à ce capital, droit déjà certain en soi, dont seuls l'échéance et le quantum peuvent être incertains. Si l'on devait distinguer deux périodes dans la vie du droit direct, c'est l'acceptation qui devrait les séparer, et non pas l'échéance : c'est à partir de l'acceptation que le droit n'est plus à la merci du stipulant ; mais c'est aussi à partir de ce moment seulement que les causes de révocation du droit commun présentent quelque intérêt ; et, par conséquent, reconnaître à partir de ce moment au droit direct la portée absolue que MM. Picard et Besson lui attribuent après l'échéance du contrat, cela reviendrait au même que de dire de manière générale que la révocation n'atteint que les primes. Aussi préférons-nous la solution, que ces auteurs reconnaissent être « logique », et qui fait porter en tout cas la révocation sur le capital assuré. Elle est la plus conforme à la réalité des faits et à l'esprit du principe qui soumet les donations indirectes à toutes les règles de fond des libéralités.

(1) *Op. cit.*, n° 199, p. 486.

(2) *Ibid.*, — Voir aussi : BESSON, note précitée au *D.*, 1946, p. 62, col. 2. — Cf. *supra*, cette section, II.

(3) *Ibid.*

CONCLUSION

Les opérations couramment désignées sous le nom de donations indirectes peuvent dès l'abord se grouper en trois variétés. Tantôt on utilise, en vue de gratifier une personne, le mécanisme d'un acte valable sans révéler sa cause, d'un acte abstrait *stricto sensu* : par exemple, renonciation à succession en vue d'avantager l'héritier subséquent, transfert de titres nominatifs sur ordre donné par le titulaire au profit d'une personne qu'il veut gratifier. Tantôt on attribue à un tiers tout ou partie du bénéfice d'un acte juridique : le type de ce genre de donations indirectes est la stipulation pour autrui. Tantôt enfin on emprunte le canal d'un acte à titre onéreux sincère où les prestations réciproques sont fixées volontairement à des valeurs inégales : le type en est la vente à vil prix.

Les donations indirectes ainsi définies constituent bien de véritables donations. Le donateur y subit un appauvrissement, et le donataire réalise un enrichissement corrélatif ; cet appauvrissement et cet enrichissement portent, actuellement, ou au moins virtuellement, sur un bien matériel : ainsi la remise de dette à titre gratuit est une donation, car la créance qui en est l'objet se serait, à l'échéance, transformée en une somme d'argent. Par contre, nous excluons du domaine des donations indirectes les prétendues « donations de services » qui ne sont en réalité que des actes de bienfaisance. Nous en excluons aussi les actes par lesquels le prétendu donateur n'a fait qu'exécuter une obligation civile ou naturelle, dont il était ou se croyait tenu, et ceux qu'il n'a consenti à passer qu'en vue de recueillir soit une contre-partie équivalente et dès à présent certaine, soit la chance d'un gain compensateur ; les contrats aléatoires ne peuvent pas être des donations : si finalement une seule des parties doit y réaliser un gain, sans subir de perte correspondante, il est impossible lors du contrat de prévoir laquelle : à cette date, leurs espérances respectives ont normalement une valeur égale. Il ne saurait donc être question d'intention libérale ni de donation. L'intention libérale doit exister au moment de l'acte et ne peut résulter que de circonstances appréciées à cette date. Elle constitue l'élément primordial de la donation, colorant les éléments matériels dont, sans elle, la signification serait ambiguë.

Si tels sont les éléments théoriques et abstraits de la notion de donation, la pratique révèle qu'il est souvent délicat de les mettre en œuvre concrètement. Il appartiendra à celui qui prétendra faire appliquer à un acte les règles des libéralités de démontrer qu'il présente bien le caractère de donation. C'est là chose très difficile, surtout lorsqu'il faut pénétrer dans les replis de la volonté individuelle. La difficulté de prouver l'intention libérale est parfois telle qu'elle équivaut à une quasi-impossibilité. De sorte que les intéressés, et spécialement les héritiers réservataires, risquaient de se trouver complètement désarmés en face d'un acte suspect. Le législateur a compris le danger, et il a posé des limites au jeu des règles de preuve que postulaient les principes généraux ; dans certaines

hypothèses, il a institué des présomptions d'intention libérale : ainsi s'expliquent les articles 854 et 918 du Code civil ; ainsi, surtout, nous a paru s'expliquer le régime, si original, des avantages matrimoniaux. En cas de premières noces, ces avantages sont présumés consentis à titre onéreux, en compensation d'autres clauses du contrat de mariage ; au contraire, l'existence d'enfants d'un premier lit les fait considérer comme des libéralités : on craint alors que l'affection pour son nouveau conjoint ne conduise l'époux remarié à le gratifier au détriment de ses enfants déjà nés.

La donation indirecte, qui est une véritable donation, se trouve cependant toujours réalisée, en fait, par des actes qui n'ont pas revêtu les formes spéciales définies par les articles 931 et suivants du Code civil. Elle paraît donc, en logique pure, tomber sous le coup de la nullité qui sanctionne les règles contenues en ces textes.

Personne n'a cependant proposé d'appliquer dans toute sa rigueur cette solution, qui aurait eu les plus déplorables effets pratiques. Si l'on avait voulu le faire, les intéressés n'auraient sans doute pas manqué de répondre que c'était la loi elle-même qui, en créant des moules abstraits susceptibles d'usages divers, avait fait naître chez eux la tentation de les utiliser en vue de gratifier autrui. Stimulés par les besoins de la pratique, les interprètes ont proposé divers systèmes pour éluder l'application de formalités qui paraissent aujourd'hui quelque peu arbitraires. Nous avons dit en quoi ces systèmes semblaient inexacts ou insuffisants. Pour nous, une explication simple paraît de nature à rendre compte de la validité des donations indirectes.

Les trois groupes dont nous venons de rappeler l'existence présentent en effet un caractère commun : l'opération vaut indépendamment de sa cause, elle ne révèle pas sa gratuité. Toute donation indirecte se réalise par un acte neutre. C'est évident pour le premier groupe, celui des actes abstraits proprement dits. C'est également certain pour les deux autres. La stipulation pour autrui, insérée dans un contrat entre stipulant et promettant, trouve sa cause dans les rapports entre stipulant et bénéficiaire ; cette cause est donc normalement ignorée de l'un des contractants, en tout cas elle lui est étrangère, elle n'est point un élément du contrat. De même, l'avantage indirect résultant d'une vente à vil prix est abstrait ; la vileté du prix n'est point apparente, et, même à la supposer prouvée, rien ne révèle qu'elle soit due à l'intention libérale plutôt qu'à une erreur du contractant dans l'appréciation de ses intérêts.

La « neutralité » est donc bien un caractère commun à tous les actes réalisant donation indirecte. C'est un caractère nécessaire, et la jurisprudence veille à ce qu'il soit effectif : ainsi elle n'hésite pas à annuler la reconnaissance de dette, non seulement lorsqu'elle est ouvertement causée « pour donation », mais aussi lorsqu'elle indique une cause vague telle que « services rendus » ou « soins donnés », qui laisse trop soupçonner le caractère gratuit.

Si c'est par ce caractère neutre ou abstrait que s'explique la validité des donations indirectes, un parallèle entre le régime de celles-ci et celui, seul organisé par le Code, des donations authentiques permettra de dégager facilement les motifs de l'immunité formelle dont bénéficient les premières. Imbus, à la suite du droit coutumier et des légistes révolutionnaires, d'un préjugé défavorable à l'encontre des donations, les rédacteurs du Code civil n'ont voulu les valider que si leur auteur témoignait d'une volonté particulièrement ferme de se dépouiller.

C'est à cette fin qu'ils ont posé le principe de l'irrévocabilité. D'une part, les donations sont soumises à la règle générale des actes juridiques, qui interdit la condition purement potestative (article 1174 du Code civil) :

la tolérance dont bénéficiaient jusqu'en 1731 les donations à cause de mort, révocables *ad nutum*, est ainsi supprimée. D'autre part, et c'est une aggravation du droit commun, même la condition simplement potestative est ici prohibée. En exigeant ainsi que le donateur s'interdise tout espoir de recouvrer les biens qu'il donne, le législateur espère raréfier les donations.

Pour que ce but soit atteint, il ne suffit pas que la règle de l'irrévocabilité déroule ses effets dans l'avenir, il faut encore que le donateur en perçoive dès à présent la signification. On a trop naturellement tendance, lorsque l'on donne, à penser que la libéralité est subordonnée à la persistance de la volonté libérale, qu'elle deviendra caduque dès que l'on se croira fondé à invoquer quelque grief contre le gratifié. Les règles de forme posées par le Code civil tendent précisément à faire prendre conscience au donateur de l'irrévocabilité de la donation, à lui rappeler qu'il ne pourra pas revenir sur elle.

Si l'on confronte cette double règle posée par le Code civil, irrévocabilité et formalisme, avec les conditions de validité auxquelles les donations indirectes ont été soumises en jurisprudence, on peut dire que, dans l'ensemble, nos tribunaux ont, plus ou moins consciemment, cherché à atteindre, par des voies différentes, le but même que poursuivait le législateur de 1804.

Tout d'abord, l'irrévocabilité est impliquée par la nature de l'acte qui réalise la donation indirecte : il s'agit d'un acte abstrait, dans le contenu duquel il est impossible d'insérer une clause qui en modifierait les effets légaux. On ne conçoit pas qu'une renonciation à succession soit faite sous réserve de pouvoir ensuite accepter, ni qu'une vente à vil prix soit consentie sous réserve pour le vendeur d'exiger plus tard, s'il lui plaît, un supplément de prix.

En second lieu, et par là même, est assurée la protection de la volonté du donateur. L'acte ne révélant pas sa cause, et pouvant aussi bien être conclu à titre onéreux, toute personne saine d'esprit se rend compte en le passant qu'il lui sera, juridiquement et pratiquement, impossible de le rétracter. Elle aura donc bien conscience de faire un acte définitif. D'autant plus que souvent le moule emprunté obéira lui-même à certaines règles de forme qui contribueront à garantir la liberté et la sincérité de sa volonté : ainsi la renonciation à succession suppose une déclaration faite au greffe du tribunal.

La stipulation pour autrui, révocable jusqu'à son acceptation, paraît tenir en échec les principes que l'on vient d'énoncer. Mais l'exception est plus apparente que réelle : à partir du moment où elle est acceptée, la stipulation est soumise, comme toutes les donations, à la règle d'ordre public de l'irrévocabilité ; et, dès avant cette date, on peut dire que, si cette règle même ne joue pas, le but qu'elle poursuivait, la protection de la volonté du donateur, est atteint par d'autres voies : exposé à voir accepter à chaque instant la stipulation, et payant librement lors de chaque terme la prime échue qui accroît l'importance de la libéralité, le souscripteur de l'assurance sur la vie réalise un dessaisissement matériel et tangible qui garantit chez lui un consentement réfléchi.

Ainsi les donations indirectes sont valables parce qu'elles se réalisent naturellement dans des formes qui rendent superflues celles prévues par la loi pour les donations entre vifs. La forme n'est qu'un moyen, dont on se dispense quand il est inutile.

Les règles de fond, au contraire, sont essentielles. Elles s'appliquent à toutes les donations, quel qu'en soit le mode de réalisation, et en particulier aux donations indirectes. Celles-ci obéissent notamment aux règles

du rapport, de la révocation et de la réduction pour atteinte à la réserve. Le principe ne souffre aucune difficulté ; seules les modalités de son application peuvent prêter à des discussions qui procèdent d'un double motif.

D'une part, les formes dans lesquelles se réalise la donation indirecte, souvent en plusieurs phases, rendent délicate la détermination de la date et de l'objet de la libéralité : pour fixer l'ordre de réduction, la stipulation pour autrui prendra-t-elle date au jour où elle a été faite, ou seulement à celui de son acceptation, ou à une autre date encore¹ ? dans la vente à vil prix, l'objet de la révocation ou de la réduction sera-t-il l'insuffisance du prix, c'est-à-dire une somme d'argent, ou bien une portion en nature de la chose correspondant à cette insuffisance ? La réponse à ces questions doit s'inspirer d'une double directive. L'objet de la donation indirecte est déterminé par la volonté réelle des parties. Sa date est celle à partir de laquelle son auteur n'a aucun moyen de revenir sur elle.

D'autre part, la jurisprudence et la loi, désireuses d'encourager l'assurance sur la vie, l'ont dispensée des règles habituelles du rapport et de la réduction. Une telle dispense n'est plus postulée par les formes propres de la donation indirecte, mais par une volonté législative² arbitraire. Elle est d'interprétation stricte, et l'on doit appliquer à l'assurance sur la vie toutes les règles des libéralités que la loi n'a pas expressément exclues, par exemple le régime de la révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfant.

Sous les réserves qui viennent d'être énoncées, l'application aux donations indirectes des règles de fond des libéralités est tellement impérieuse que, dans certains cas, le législateur ou la jurisprudence, redoutant une fraude destinée à les éluder, ont frappé de nullité les donations non authentiques. Ainsi, l'article 1099 du Code civil interdit les donations déguisées entre époux, et la jurisprudence étend cette disposition à certaines donations indirectes. On pense que la menace de cette sanction détournera les époux de se gratifier clandestinement et d'espérer échapper ainsi à l'application de règles d'ordre public, comme celles de la réduction pour atteinte à la réserve.

Telle est donc la double proposition qui définit le régime des donations indirectes : elles échappent aux règles habituelles de forme, qui paraissent superflues en ce qui les concerne, mais elles sont soumises à toutes les règles de fond des donations. En donnant ces solutions, la jurisprudence a obéi à la grande loi de finalité qui est à la base du droit. Elle l'a fait inconsciemment peut-être, sans plan préconçu, au hasard des espèces dont elle avait à connaître. Elle est cependant parvenue à des solutions assez unifiées pour qu'il nous ait paru possible de les ranger sous un concept unique.

Mais les donations indirectes ne sont pas le seul type de donations sans formes dont la jurisprudence ait reconnu la validité. A côté d'elles, prennent place les donations déguisées et les dons manuels. Il faut donc définir chacune de ces trois notions, et les rapports qui existent entre elles. Et, s'il est vrai que le nom des choses comme celui des personnes a pour fonction de les individualiser, il conviendra de se demander si le terme de donation indirecte est bien choisi, s'il traduit le caractère essentiel de la notion qu'il désigne ou si, au contraire, un autre ne serait pas préférable.

La donation indirecte s'oppose d'abord à la donation déguisée : si

(1) Par exemple, celle du paiement des primes.

(2) Même lorsque cette règle ne résultait que de la jurisprudence, on peut dire que nos tribunaux, en la posant, faisaient office de législateurs : c'est ce qui nous paraît justifier le terme employé au texte.

beaucoup d'arrêts ignorent ou déforment cette distinction, le principe en est nettement affirmé par la Cour de cassation¹. La donation déguisée suppose une véritable simulation, et non pas seulement une dissimulation ; un mensonge, et non pas une simple réticence. La donation indirecte, au contraire, ne réalise pas de simulation : l'acte ou la clause par lesquels elle s'effectue ne révèlent pas leur cause ; ils ne nient pas la gratuité et se bornent à ne pas la laisser apparaître.

Si la distinction paraît claire en théorie, des difficultés peuvent surgir pour sa mise en œuvre. La jurisprudence a souvent considéré comme donation *déguisée* une reconnaissance de dette ne portant mention d'aucune cause, sous prétexte que le billet sous-entendait la mention d'une fausse cause onéreuse. Elle a encore appliqué la même qualification lorsque la donation résultait de la combinaison de plusieurs actes dont aucun ne comportait de simulation. Ces solutions, qui paraissent critiquables, ont été données surtout dans le dessein d'appliquer à des donations qui ne comportaient pas de véritable déguisement, mais que l'on soupçonnait de fraude, les sanctions rigoureuses que, dans certains cas, la loi a édictées contre les seules donations déguisées. Si le résultat est heureux, il eût été plus correct de l'atteindre par un autre moyen.

Il n'est pas bon de déformer, pour des motifs purement contingents, la signification d'une distinction fondée sur la nature des choses. C'est d'autant plus regrettable, dans le cas particulier, que la distinction doit être posée, non seulement dans un but pragmatique, mais aussi sur un plan plus général et d'ordre législatif.

La validité des donations indirectes apparaît beaucoup moins discutable que celle des donations déguisées. Sans doute, dans les deux hypothèses, le procédé employé révèle la conscience qu'ont les parties, et spécialement le donateur, de la portée de l'opération à laquelle elles participent. Mais cette considération, qui milite en faveur de la validité des donations déguisées comme des donations indirectes, se heurte dans le premier cas à un obstacle qui n'existe pas dans le second. Cet obstacle provient de la théorie générale de la fraude à la loi, que M. le doyen Ripert analyse en ces termes² : « La fraude à la loi consiste à écarter l'application d'une règle légale impérative en aménageant volontairement une situation telle que cette loi ne puisse plus s'appliquer. Mais... il ne saurait être interdit d'une façon générale de se soustraire à l'application des règles impératives en imaginant des rapports juridiques qui ne tombent pas sous l'application de ces règles. Il faut, pour qu'il y ait fraude, que ces rapports juridiques ne résultent pas d'un acte se justifiant par lui-même, d'un *acte sérieux*. » C'est une situation analogue qui se présente en notre matière : la donation indirecte place les parties dans une situation telle que, sans violer ouvertement la loi, et au moyen d'un *acte sérieux*, elles échappent à la règle ; le déguisement, au contraire, n'a pas d'autre but que de masquer la violation de la loi, l'acte apparent n'est pas sérieux, il ne correspond à aucune réalité. Aussi concevrait-on que, comme le suggèrent certains auteurs³, on attachât à l'article 931 un « caractère plus strictement impératif » et que l'on interdît les donations déguisées : cela ne préjudicierait pas à la validité des donations indirectes ni des dons manuels.

(1) Civ. r. 22 juillet 1884, Boisset c. Benoit, S., 1885, 1, 112, D. P., 1885, 1, 164.

(2) Note au D., 1946, J., 65, sous : Soc. r. 13 avril 1945, Petitclerc c. Soc. d'Éditions économiques et financières. Le passage cité se trouve p. 66, col. 1. Comp. du même auteur, *La règle morale*, nos 173-176, pp. 345-356.

(3) F. HUBERT, J. C. P., 1944, I, 414, *in fine*.

Si nous rapprochons ainsi don manuel et donation indirecte, ce n'est pas pur effet du hasard, ce n'est pas seulement à raison de leur commune opposition avec la catégorie des donations déguisées. Il existe entre eux une analogie plus profonde. Ce qui caractérise la donation indirecte, c'est qu'elle se réalise par un acte neutre. Or, il en est de même du don manuel, effectué par la tradition, acte neutre : « La remise matérielle d'une somme d'argent, écrit M. Boitard¹, — et l'on dirait la même chose de la remise de tout objet corporel, — peut, en pratique, traduire l'exécution de conventions très diverses : paiement d'une dette, libéralité, prêt, dépôt, mandat. Ce n'est donc que faire les tout premiers pas sur le chemin de la preuve [des rapports juridiques nés de l'acte] que de se contenter d'établir une remise qui en elle-même est un fait « neutre ». » De sorte que nous opposerions volontiers, parmi les donations dispensées d'authenticité, la catégorie des donations indirectes, y compris les dons manuels, à celle des donations déguisées.

Cette assimilation du don manuel à la donation indirecte peut paraître audacieuse, voire choquante. Rien, dira-t-on, n'est plus direct qu'une remise de deniers de la main à la main, et c'est une gageure de voir dans la tradition des espèces un mode *indirect* de donner.

L'objection n'a qu'une portée limitée, elle ne touche pas au fond, mais seulement à la terminologie². Sur ce terrain, elle comporte certes une large part de vérité. De manière générale, on ne peut dire que le terme de donation indirecte soit parfaitement adéquat à son objet. L'imprécision du qualificatif « indirect », la diversité des sens dont il est susceptible³ trahissent l'incertitude des auteurs sur le fondement de la validité des donations dites indirectes.

Lorsqu'on parle des avantages *indirects* inclus dans un acte à titre onéreux, on veut surtout rappeler que cet acte poursuit principalement un autre but, a une autre raison d'être que l'avantage qu'il contient, en même temps que l'on signifie que cet avantage n'est pas mis en évidence dans l'acte.

Ce second sens existe seul lorsqu'on parle des donations par actes abstraits.

Enfin, lorsque la donation résulte d'une stipulation pour autrui ou, de manière plus générale, de l'attribution à autrui du bénéfice d'un acte juridique, la transmission de valeur est indirecte en ce sens qu'elle s'opère par l'intermédiaire d'un tiers patrimoine.

Ainsi, à raison de la diversité de ses acceptions, l'expression employée ne traduit que très imparfaitement l'unité fondamentale de la notion de donation indirecte. L'inconvénient est mince : les termes « direct » et « indirect » ont de si multiples significations que l'on ne risque guère de créer des confusions en leur en donnant une nouvelle. Aussi n'avons-nous pas cru devoir, dans l'intitulé de notre essai, rompre avec une habitude de langage qui, comme tout le régime de l'institution dont nous traitons, a acquis force de coutume.

D'autant que, si la critique de ce terme est aisée, l'art de le remplacer se révèle difficile. Peut-être pourrait-on parler de « donations incluses dans un acte neutre », de « donations par acte neutre ». Encore faudrait-il pré-

(1) *Rev. trim.*, 1945, p. 121, n° 21, à propos de : Civ. c. 19 déc. 1944, Humeau c. consorts Gabory, *Gaz. Pal.*, 1945, 1, 73.

(2) *Comp.* : OSSET, thèse, 1944, p. 32, et les auteurs qu'il cite, p. 32, note 1 : pour eux, un don manuel peut, d'après les circonstances qui l'accompagnent, constituer une donation *déguisée*.

(3) Cf. : F. HUBERT, art. cité, *J. C. P.*, 1944, I, 414, note 6.

ciser que cette neutralité peut n'être que relative, qu'elle n'affecte souvent qu'une seule des clauses de l'acte.

Aussi pensons-nous que, pour l'instant, il n'y a qu'avantage à se conformer au vocabulaire traditionnel, à condition de distinguer soigneusement la donation indirecte de la donation déguisée.

Vu :

Le Président de la thèse,
Pierre LOUIS-LUCAS.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,
Pierre HUGUENEY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 16 avril 1946.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,
Marcel BOUCHARD.

ADDENDA

1^o Page 17, note 1 :

Les réformes apportées au régime des droits fiscaux de donation, assimilés aux droits de succession, et dont le taux est désormais progressif, ont amené le législateur à rendre obligatoire la déclaration par le donateur de toutes les donations qu'il a antérieurement consenties « à un titre et sous une forme quelconques » : art. 402 du Code de l'enregistrement, mod. par les lois du 14 mars 1942, art. 9, et du 15 nov. 1943, art. 32 ; cf. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, n^o 68, p. 156.

2^o Pages 82-83 :

Le Tribunal civil de Béziers (26 nov. 1945, veuve Bacquier c. Lagrange, *Gaz. Pal.*, 13-15 mars 1946) fait application du principe que, lorsque la prétendue donation n'est que l'exécution d'une obligation naturelle, elle est dispensée de l'observation des formes authentiques. Mais il n'en faut pas déduire que l'opération n'est plus une donation (cf. *supra*, pp. 82-83) ; ainsi, la Cour de Paris (1^{re} chambre, 14 fév. 1946, veuve Joly et demoiselle Joly c. demoiselle d'Assigny et Soc. immobilière de la Durance, *J. C. P.*, 1946, II, 3036, et note signée J. R.), après avoir exclu la nullité pour cause immorale d'une donation « déguisée » entre concubins (cf. *supra*, pp. 213-214) par ce motif qu'elle « a pu être dictée... par un devoir de conscience résultant d'une obligation naturelle », lui reconnaît le caractère d'une véritable donation et en ordonne la réduction à la quotité disponible.

3^o Pages 152-153 :

Un arrêt de la Cour de Paris (1^{re} chambre, 25 janvier 1946, veuve Veber c. G. et S. Veber, *Gaz. Pal.* 3-5 avril 1946) considère comme donation « déguisée » la reconnaissance d'une dette inexistante ; et il la valide malgré l'insertion dans le billet de clauses qui en laissaient percer le caractère gratuit : « s'il m'arrivait un accident et pour t'épargner des ennuis, je reconnais devoir... ». La solution n'est peut-être pas à l'abri de toute critique.

4^o Page 176 :

L'obligation de l'agent d'assurance de renseigner exactement son client est sanctionnée pénalement par l'art. 39, al. 2, du décret du 14 juin 1938 : ce texte, dit la Cour de cassation, ne réprime pas seulement l'usur-

pation de qualité, mais toute déclaration mensongère adressée aux souscripteurs éventuels (Crim. 20 juill. 1944, Delclos c. Commères, *D.*, 1946, *Somm.*, p. 3).

5° Pages 179-182, et pages 243 sq. :

La règle de la soumission des donations indirectes ou déguisées aux causes de révocation propres aux donations est rappelée par la Cour de Paris (25 janv. 1946, veuve Veber, précité) et celle de Nîmes (24 oct. 1945, *J. C. P.*, 1946, II, 3050, et note signée P. P.). Ces deux décisions refusent de faire jouer la révocation de plein droit instituée, en cas de divorce, par l'article 299 du Code civil, en ce qui concerne les donations consenties *avant* le mariage, en dehors du contrat de mariage, alors surtout que les époux s'étaient mariés sans contrat (voir notamment l'arrêt de Nîmes, et la note, § II, *in fine*). Par contre, l'arrêt de Nîmes fait jouer la révocation de droit commun pour cause d'ingratitude : s'agissant d'un achat pour le compte d'autrui, il la fait porter sur l'immeuble acheté, et non sur les deniers fournis. A ce propos, M. Paillot (note signée P. P., sous cet arrêt) rappelle et précise la distinction, pleinement conforme à la nature des choses, que fait la jurisprudence quant à l'objet de la donation (cf. *supra*, pp. 179-182).

6° Pages 182-183 et 185-186 :

La qualification de donation « déguisée » est donnée — à tort, croyons-nous — par la Cour de Lyon (26 nov. 1945, Giraud-Dextré c. Tournon, *Gaz. Pal.*, 27-29 mars 1946) à la vente consentie moyennant un prix intentionnellement fixé à un chiffre inférieur à la valeur de l'immeuble, et par la Cour de Nîmes (24 oct. 1945, précité) à l'achat pour le compte d'autrui. A propos de ce dernier arrêt, M. Paillot (note précitée, § I) écrit : « Dans les rapports du vendeur et de l'acheteur, le contrat était parfaitement valable ; l'acte n'était pas apparent, mais, au contraire, bien réel ; il correspondait bien à la réalité des choses. Mais l'une de ses clauses était fictive en ce qu'elle désignait comme acquéreur de l'immeuble une autre personne que celle qui en avait effectivement payé le prix. » Contrairement à cet auteur, nous ne voyons pas là de déguisement : l'acquéreur n'est pas nécessairement celui qui a payé, c'est celui qui a voulu acquérir.

7° Pages 187-188 :

Conformément à l'opinion que nous avons émise, mais pour des motifs un peu différents, la Cour de Lyon (26 nov. 1945, précité) n'admet pas la validité à titre de donation de la vente consentie moyennant un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur de la chose : « S'il est permis de réaliser une libéralité entre vifs en la dissimulant sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, c'est à la condition de n'é luder ainsi que les formalités extérieures imposées aux donations et de ne pas porter atteinte à une règle de fond ; la partie finale de l'art. 1674 C. civ. consacre une règle de cette nature ; ce qui est prohibé par le texte, ce n'est pas une simple mention dans un acte de vente, mais la faculté de renoncer par avance directement ou indirectement à l'action en rescision ; une telle renonciation, dès lors qu'elle a été concomitante à l'acte, est nulle, quel que soit le mobile qui l'ait inspirée et quelle que soit la forme qu'elle ait revêtue ».

On voit que l'actualité de la matière des donations indirectes s'est traduite dans plusieurs décisions judiciaires publiées depuis que l'impression de notre travail est en cours ; nous devons reconnaître que ces décisions n'ont pas toujours adopté les solutions que nous préconisons et que l'on y trouve trop souvent une confusion regrettable entre donations déguisées et donations indirectes.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	9
INTRODUCTION	13
<i>PREMIÈRE PARTIE</i>	
LES DONATIONS INDIRECTES SONT DE VÉRITABLES DONATIONS.	19
CHAPITRE PREMIER. — NATURE DES DONATIONS INDIRECTES	21
<i>Section Première.</i> — L'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire	23
§ 1 ^{er} . — <i>Le problème et ses solutions</i>	25
§ 2. — <i>Conséquence négative du critérium proposé : il n'y a pas de donations de services</i>	30
§ 3. — <i>L'application positive du critérium : prêt et cautionnement.</i>	31
<i>Section II.</i> — L'absence de contre-partie à l'enrichissement ou à l'appauvrissement	36
§ 1 ^{er} . — <i>La préexistence d'un devoir à la charge du prétendu donateur retire-t-elle à l'acte le caractère gratuit ?</i>	37
§ 2. — <i>L'existence d'une contre-partie actuelle ou future retire-t-elle à l'acte le caractère gratuit ?</i>	42
<i>Section III.</i> — Le lien entre l'enrichissement du donataire et l'appauvrissement du donateur	49
<i>Section IV.</i> — L'intention libérale	52
CHAPITRE II. — PREUVE DES DONATIONS INDIRECTES	56
<i>Section Première.</i> — Théorie générale de la preuve des donations indirectes.	56
§ 1 ^{er} . — <i>La preuve entre les parties</i>	57
§ 2. — <i>La preuve dans les rapports avec les tiers</i>	64
§ 3. — <i>Les présomptions légales du droit civil</i>	67
<i>Section II.</i> — Les avantages matrimoniaux	70
§ 1 ^{er} . — <i>La notion d'avantage matrimonial</i>	71
§ 2. — <i>Le régime général des avantages matrimoniaux. Recherche de son fondement</i>	73
§ 3. — <i>Le caractère onéreux des avantages matrimoniaux en l'absence d'enfants d'un premier lit</i>	81
§ 4. — <i>Le caractère gratuit des avantages matrimoniaux en présence d'enfants d'un premier lit</i>	86

SECONDE PARTIE

LES DONATIONS INDIRECTES SONT VALABLES EN DEHORS DES FORMES HABITUELLES DES DONATIONS	93
---	----

TITRE PREMIER

LES EXPLICATIONS PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE	95
CHAPITRE PREMIER. — LES THÉORIES ANALYTIQUES	96
<i>Section Première.</i> — Les libéralités indirectes à but social	97
<i>Section II.</i> — Donations indirectes et dons manuels	98
<i>Section III.</i> — La validité des donations indirectes justifiée par l'analyse de textes particuliers	104
CHAPITRE II. — LES THÉORIES SYNTHÉTIQUES	110
<i>Section Première.</i> — Les doctrines d'exégèse	110
<i>Section II.</i> — Les doctrines critiques	116

TITRE II

ESSAI D'UNE THÉORIE D'ENSEMBLE. SES APPLICATIONS	126
CHAPITRE PREMIER. — LES LIBÉRALITÉS INDIRECTES RÉALISÉES AU MOYEN D'ACTES ABSTRAITS	131
<i>Section Première.</i> — Les abandons de droits	133
§ 1 ^{er} . — Le caractère abdicatif de la renonciation	135
§ 2. — Le caractère unilatéral de la renonciation	137
<i>Section II.</i> — Les créations et les transferts de droits	145
§ 1 ^{er} . — La reconnaissance de dette et la promesse de payer	147
§ 2. — La création et l'endossement des titres à ordre	156
§ 3. — L'immatriculation et le transfert des titres nominatifs	159
§ 4. — La délégation	162
CHAPITRE II. — L'ATTRIBUTION A AUTRUI DU BÉNÉFICE D'UN ACTE JURIDIQUE.	164
<i>Section Première.</i> — Les stipulations pour autrui	165
§ 1 ^{er} . — Les conditions de validité des stipulations pour autrui	165
§ 2. — La forme des stipulations pour autrui	169
§ 3. — La nature du droit du tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui	172
APPENDICE. — La souscription	177
<i>Section II.</i> — Le paiement et l'achat pour autrui	178
CHAPITRE III. — L'AVANTAGE INDIRECT INCLUS DANS UN ACTE A TITRE ONÉREUX.	184
<i>Section Première.</i> — La vente à vil prix	185
<i>Section II.</i> — La société et le louage de services	190
<i>Section III.</i> — Le bail à vil prix	191

TROISIÈME PARTIE

LES DONATIONS INDIRECTES DOIVENT RESPECTER LES RÈGLES DE FOND DES DONATIONS	195
CHAPITRE PREMIER. — LE RECOURS A LA FORME INDIRECTE EST-IL PERMIS POUR TOUTES LES DONATIONS ?	198
<i>Section Première.</i> — Le fondement des articles 911 et 1099 du Code civil.	201
<i>Section II.</i> — Les donations indirectes et les articles 911 et 1099	204
CHAPITRE II. — CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DES DONATIONS INDI- RECTES	210
<i>Section Première.</i> — L'acceptation et ses suites	215
§ 1 ^{er} . — <i>L'acceptation est nécessaire à l'efficacité de la donation</i>	215
§ 2. — <i>La donation indirecte acceptée est irrévocable</i>	222
<i>Section II.</i> — La donation indirecte existe-t-elle dès avant l'acceptation ?	229
§ 1 ^{er} . — <i>Des hypothèses dans lesquelles la nature de l'acte en implique l'irrévocabilité dès avant l'acceptation</i>	230
§ 2. — <i>Des hypothèses dans lesquelles la nature de l'acte n'en implique pas l'irrévocabilité dès avant l'acceptation</i>	233
La date de la donation indirecte	238
CHAPITRE III. — EFFETS DES DONATIONS INDIRECTES	243
<i>Section Première.</i> — L'objet des donations indirectes	244
<i>Section II.</i> — L'exercice de la révocation, du rapport et de la réduction des donations indirectes	250
La révocation	250
§ 1 ^{er} . — <i>L'application des règles du rapport et de la réduction aux dona- tions indirectes</i>	252
§ 2. — <i>Rapport et réduction en nature ou en valeur</i>	256
§ 3. — <i>La réduction et les droits des tiers</i>	260
<i>Section III.</i> — Le régime particulier de l'assurance sur la vie	262
CONCLUSION	271
ADDENDA	270

ACHEVÉ D'IMPRIMER SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
DARANTIERE A DIJON, LE
VINGT-HUIT JUIN M.CM. XLVI
C. O. L. 31.0174 — NUMÉRO D'ORDRE 83

N° d'édition 94
Dépôt légal 3^e trimestre 1946

